



## 저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

정책학 석사 학위논문

# 사법부 결정의 이념적 성향에 관한 연구

- 대법관 구성과 대법원 전원합의체 판결을  
중심으로 -

2019 년 8 월

서울대학교 대학원

행정학과 정책학 전공

황 도 연

# 사법부 결정의 이념적 성향에 관한 연구

- 대법관 구성과 대법원 전원합의체 판결을  
중심으로 -

지도교수 홍 준 형

이 논문을 정책학 석사 학위논문으로 제출함  
2019 년 3 월

서울대학교 대학원  
행정학과 정책학 전공  
황 도 연

황도연의 석사 학위논문을 인준함  
2019 년 6 월

위 원 장     김   준   기     (인)

부위원장     이   수   영     (인)

위     원     홍   준   형     (인)

## 국문초록

민주화 이후 대두한 정치의 사법화 경향에 따라 사법부는 정책 시스템에서 중요한 역할과 위치를 차지하고 있다. 사법부는 법의 해석과 적용을 둘러싼 갈등과 분쟁이 생길 때 무엇이 법인지를 최종적으로 확인하고 선언하는 기관이다.

그동안 사법부의 결정은 법리적 혹은 제도적 필연성과 전문직 종사자들의 선의에 의해 유지되는 것으로 막연하게 생각되어 왔으나 최근의 재판거래 등 사법농단 사태는 사법부에 대한 국민 인식과 법의 중립성을 바탕으로 한 전통적인 법규적 접근 간의 괴리를 보여주고 있다.

이러한 점은 사법부의 결정에 법 외적인 측면들이 영향을 미칠 수 있음을 시사하지만 대법원을 대상으로 하여 이를 실증적으로 규명한 연구는 아직까지 없는 상황이다. 본 연구는 사법적 의사결정에 나타나는 이념(ideology)적 양상을 살피고, 대법관들의 임명 배경과 인적 구성 그리고 의견 성향 간에 어떠한 연관성이 있는지를 규명해보고자 하였으며 이를 통해 대법관 구성에 있어 정책 시사점을 얻고자 하였다.

본 연구는 분석을 위하여 사회·문화, 경제활동·노동·환경, 국가보안법·과거사·기타 분야로 영역을 분류하고, 판결의 이념성향을 분류하기 위한 분석 기준(rule)을 수립한 후 2006년부터 2018년까지의 전원합의체 판결 쟁점 66개를 대상으로 내용분석을 시도하였다. 판결의 선정과 의견 성향의 분류과정에서 연구자의 주관을 최소화하고 객관성과 공정성을 위해 문헌을 충실히 검토하였으며 다른 연구자와 함께 예비조사(pretest) 단계를 거쳐 코더 간 일치도를 확인하였다.

연구 결과, 우리나라 사법부의 이념적 성향은 대법원장 시기별,

분야별로 상이한 양상을 보이고 있었다. 이념성향 지수를 통해 측정한 결과 사회문화영역은 양승태 코트가 이용훈 코트에 비해 진보적으로 나타났으며, 경제활동·노동 분야의 경우 이용훈 코트와 양승태 코트 각각 진보와 보수로 방향성의 차이가 나타났다. 환경 분야의 경우 대규모 정책사업과 관련한 대법원 전원합의체 판결은 대법원장 시기를 불문하고 현상 유지에 가까운 보수적 성향을 보여주고 있다. 이용훈 대법원장과 양승태 대법원장 시기의 이념성향은 국가보안법·과거사·기타 분야에서 가장 뚜렷한 차이를 보이고 있었다.

그러나 이러한 결과를 대법관 구성의 문제와 연결 지어 해석하는 것에는 주의를 요한다. 각 대법관의 임기가 상이하여 대법원장이 새롭게 취임하는 경우라 하더라도 시간차를 두고 대법관의 구성이 변화하기 때문이다. 따라서 본 연구에서는 대법관의 특성에 따라 표결에 차이가 있는지를 중심으로 분석하였다.

먼저 대법관별 의견 성향을 분석한 결과, 대법관에 따라 진보적 표결 참여 비율이 상당수준의 격차를 보였다. 극단적으로 최소 20.5%(민일영 대법관)부터 최대 91.2%(박시환 대법관)까지의 범위를 나타내고 있었는데 이는 사법적 의사결정 과정에 객관적인 법규적 요인 외에도 개개인마다의 상이한 주관적 특성이 영향 요인으로 작용하고 있음을 보여준다. 진보적 의견의 제시가 무작위적인 특성에 기인하기보다 대법관 개인의 이념적 특성을 체계적으로 반영하는 것으로 파악될 수 있는 것이다.

의견 성향을 구성 요인의 관점에서 살펴본 결과는 다음과 같다.

첫째, 임명권자의 정치적 특성에 따라 대법관의 의견 성향에 차이가 나타났다. 분야별로 볼 때, 사회·문화 영역, 국가보안법·과거사·기타 영역의 경우 임명권자의 정치적 특성에 따른 의견성향의 차이가 유의미하게 나타났다. 반면, 경제활동·노동·환경 영역의

경우 임명권자의 정치적 특성에 따른 의견 성향의 차이가 통계적으로 유의미하지 않게 나타났다. 한편, 의견 성향의 차이는 국가보안법·과거사·정치·기타 분야에서 가장 크게 나타나고 있었는데 이는 현실에서 대법관 임명을 둘러싸고 나타나는 여야 간의 첨예한 정치적 공방을 잘 설명해준다.

이러한 결과는 대법원 전원합의체 판결에 나타나는 대법관의 의견 성향이 임명이라는 제도적 요인에 대하여 중립적이지 않음을 보여준다. 이는 임명과정에서 법관들의 성향과 가치관이 고려되고, 그것에 따른 결과가 판결에 실제로 영향을 미치고 있기 때문일 것이다.

둘째, 대법원장의 제청이라는 우리나라의 특수한 제도적 요인에 따라 판결 성향이 다르게 나타나는지를 살펴본 결과, 제청권자 특성에 따른 의견 성향의 차이는 유의미하지 않았다. 이러한 결과는 대법관 임명과정에서의 대법원장의 제청권이 ‘제왕적 대법원장’을 야기한다는 세간의 시각과 상충하는 면이 있다.

대법원장의 제청과 대통령의 임명이라는 우리나라 대법관 임명과정의 특수한 구조를 고려하여 본 연구에서는 제청한 대법원장과 임명한 대통령의 조합에 따라 구분하여 분석을 시행하였다. 그 결과 진보적 대통령에 의해 임명된 대법원장이 제청하였으면서 진보적 대통령이 임명한 대법관과 보수적 대통령에 의해 임명된 대법원장이 제청하였으면서 보수적 대통령이 임명한 대법관 간에 의견 성향 차이는 크게 나타나고 있었으며 국가보안법·과거사·기타 분야에서 그 차이는 더욱 크게 나타나고 있었다. 이러한 결과는 대법관에 대한 대법원장의 제청권을 매개로 ‘대통령→대법원장→대법관’으로 이어지는 일련의 관계가 형성된다는 현실의 주장과 상응하는 측면이 있다.

한편, 동일한 대법원장이 제청한 경우라 하더라도 임명권자인

대통령의 정치성향에 따라 이념성향도 함께 차이를 보이고 있었는데 이는 제청권자의 영향력이 임명권자의 영향력에 비해 강하지 않으며 현실에서 논의되는 제청권자의 영향력이 임명권자의 영향력에 의해 투사된 것일 수 있음을 시사한다. 이용훈 대법원장이 제청한 대법관이라 하더라도 노무현 대통령이 임명한 대법관과 이명박 대통령이 임명한 대법관 간에 의견 성향은 각각 (-)0.32와 0.18로 매우 뚜렷한 차이를 보였다. 또한 양승태 대법원장이 제청한 대법관이라 하더라도 이명박·박근혜 대통령이 임명한 대법관과 문재인 대통령이 임명한 대법관은 이념성향이 각각 (-)0.02와 0.5로 뚜렷한 차이를 나타냈다.

셋째, 주류적 특성(서울대 출신·50대 이상·남성·법관 경력 보유) 보유 여부에 따라 의견 성향을 비교한 결과 차이는 유의미하게 나타났다. 분야별로는 사회·문화 영역의 경우 주류적 특성의 집단이 47.8%의 진보적 표결의 비율을 보인 반면, 비주류적 집단의 경우 66.4%의 진보적 표결의 비율을 보여 의견 성향의 차이가 유의미하게 나타났다. 이는 대법관 구성의 다양화가 필요한 하나의 근거가 될 수 있을 것이다.

주류적 특성의 법관과 비주류적 특성의 법관 간 의견 성향의 격차는 국가보안법·과거사·기타 분야에서 가장 크게 나타나고 있음이 확인되었다. 이는 현실에서 진보정권의 대법관 구성이 높은 비율의 비주류적 특성을 보이는 것과 연관된다. 대법관 임명을 둘러싼 ‘진보’와 ‘보수’의 이념대립 논쟁이 인적 특성과 함께 맞물려서 나타나고 있음을 주목할 필요가 있을 것이다.

다만 경제활동·노동·환경 분야에서는 인적 특성에 따른 의견 성향 차이가 통계적으로는 유의미하지 않은 것으로 나타났다. 여기에는 인적 특성 요인에 비해 임명 특성이라는 요인이 보다 크게 영향을 미쳤을 가능성이 존재한다. 임명권자의 정치적 성향 요인

이 비주류적 특성 요인 효과를 희석하는 결과를 가져 온 것으로 볼 수 있는 것이다. 출퇴근 재해 인정 사건과 통상임금 사건에 나타난 대법관별 의견 분포를 통해 그 가능성을 확인할 수 있었다.

사법의 신뢰를 확보하기 위한 대법관 구성의 문제는 사법의 민주성과 독립성이라는 두 가지의 헌법적 요구에서 출발하여야 할 것이다. 대법관의 구성은 사법의 민주성과 독립성의 요청으로부터, 다양성과 불편부당성이라는 두 가지 요구에 직면하게 되고, 이에 비추어 볼 때 현재의 시스템이 민주적 정당성을 확보하기 위한 수단의 일환이라 하더라도 제청권자와 임명권자의 영향력을 차단하고 균형을 확보하기 위한 개선이 요청된다는 점을 부인하기는 어려워 보인다. 이를 위해서는 현재 제 기능을 다하지 못하고 있는 인사청문회제도의 운영의 묘를 살릴 필요가 있음은 물론, 대법관 추천회의 등 대법관 구성과 임명에 관한 절차적 합리성이 제고될 필요가 있다. 또한 사회의 다양한 가치가 재판에 반영되고 소수자의 권리 보호가 제대로 이루어질 수 있도록 사법부 구성에 대한 사회적 논의가 활발히 이루어질 필요가 있으며 미국과 같이 판결과 법관의 이념성향에 대한 논의가 활발하게 이루어질 수 있는 학문적 토대가 요구될 것이다.

**주요어 :** 대법원 전원합의체, 대법관 구성, 초법규 모형, 대법원 이념 성향, 사법의 민주화와 독립, 대법관 구성의 다양화  
**학 번 :** 2017-20013



# 목 차

제 1 장 서론 .....	1
제 1 절 연구의 목적 및 필요성 .....	1
1. 문제제기 .....	1
2. 연구의 목적 및 필요성 .....	2
제 2 절 연구의 범위와 방법 .....	4
제 2 장 대법관 구성과 전원합의체 .....	7
제 1 절 대법관의 임명과 구성 .....	7
제 2 절 전원합의체 판결의 의의와 근거 .....	9
제 3 장 이론적 논의와 선행연구 검토 .....	12
제 1 절 사법 결정에 관한 이론 .....	12
1. 법규 모형(Legal model) .....	12
2. 초법규 모형(Extra-Legal model) .....	13
제 2 절 판결·의견 성향의 이념적 분류 기준 .....	15
1. 판결 성향 분류 기준으로서 보수와 진보 .....	15
2. 우리나라에서의 보수와 진보에 관한 논의 .....	23
제 3 절 선행 실증연구 .....	25
1. 해외의 선행연구 .....	25
2. 국내의 선행연구 .....	26
3. 선행연구의 한계 .....	28

제 4 장 연구 설계 .....	30
제 1 절 연구 문제와 분석 틀 .....	30
제 2 절 이념적 성향 분류 기준과 측정 .....	33
1. 분석 기준 .....	33
2. 이념 성향의 측정 .....	35
제 3 절 분석 대상 및 방법 .....	38
1. 분석 대상 판결의 선정 .....	38
2. 분석 단위 및 유목 .....	43
제 4 절 신뢰도 검정 .....	45
제 5 장 분석 결과 .....	46
제 1 절 사법부 결정의 이념 대립 양상 .....	46
1. 사회·문화 분야 .....	46
2. 경제활동·노동 분야 .....	57
3. 환경 분야 .....	63
4. 국가보안법·과거사·기타 분야 .....	65
5. 종합 .....	73
제 2 절 사법부 결정의 이념적 성향 분석 결과 .....	75
제 3 절 대법관 의견 성향 분석 .....	82
1. 대법관별 의견 성향 분석 .....	82
2. 임명권자 특성에 따른 비교 .....	85
3. 제청권자 특성에 따른 비교 .....	94
4. 주류적 인적 특성에 따른 비교 .....	99
5. 경제활동·노동 분야 대표적 판결 사례 분석 .....	107
제 6 장 결론	
제 1 절 요약 및 시사점 .....	117

1. 분석 결과 요약 .....	117
2. 정책적 시사점 .....	120
제 2 절 연구의 한계 .....	124
참고문헌 .....	125
Abstract .....	128

## 표 목 차

[표 3-1] H. J. Spaeth의 쟁점별 이념적 성향의 판단기준①	
시민 인권 등 분야 .....	16
[표 3-2] H. J. Spaeth의 쟁점별 이념적 성향의 판단기준②	
경제활동·노동조합 분야 .....	18
[표 3-3] H. J. Spaeth의 쟁점별 이념적 성향의 판단기준③	
사법부의 권한과 관련된 사안 .....	19
[표 3-4] 참여연대 평가 대상 판결 선정 및 평가 기준 .....	22
[표 3-5] 한국에서의 보수·진보의 경계 .....	24
[표 4-1] 판결의 진보적 의견 분석 기준 .....	34
[표 4-2] 측정변수 비교 .....	37
[표 4-3] 분석 대상 판결 .....	40
[표 4-4] 대상 판결의 분류 .....	41
[표 4-5] 코딩표 양식 .....	44
[표 5-1] 사회·문화 분야 판결에 나타난 의견 대립 .....	49
[표 5-2] 경제활동·노동 분야 판결에 나타난 의견 대립 .....	57
[표 5-3] 환경 분야 판결에 나타난 의견 대립 .....	63
[표 5-4] 국가보안법·과거사·기타 분야 판결에 나타난 의견 대립 .....	66
[표 5-5] 분석 대상 쟁점의 이념적 분포 .....	77
[표 5-6] 대법원장 시기별·분야별 전원합의체 판결의 평균 이념 성향 지수 .....	78
[표 5-7] 대법관별 의견 성향 분석 .....	83
[표 5-8] 임명권자 정치적 특성에 따른 표결의 분포 .....	86
[표 5-9] 임명권자 정치적 특성에 따른 이념성향 비교 .....	86
[표 5-10] 임명권자 정치적 특성에 따른 분야별 표결 분포 ...	88

[표 5-11] 제청권자에 따른 이념성향 비교 .....	94
[표 5-12] 제청권자 특성에 따른 이념성향 비교 .....	95
[표 5-13] 제청권자-임명권자에 따른 진보적 표결 비율 비교 .....	96
[표 5-14] 주류적 특성 여부에 따른 분야별 표결 분포 .....	100
[표 5-15] 노무현 · 이명박 · 문재인 정부 임명 대법관의 인적 특성 .....	104
[표 5-16] 대법관별 의견성향과 인적 특성 .....	105
[표 5-17] 출퇴근 재해 사건의 대법관별 의견 분포 .....	111
[표 5-18] 통상임금 사건의 대법관별 의견 분포 .....	115

## 그 립 목 차

[그림 3-1] 사법 결정에 관한 이론 .....	12
[그림 4-1] 연구의 분석 틀 .....	31
[그림 5-1] 대법원장 시기별 · 분야별 전원합의체 판결의 평균 이념 성향 .....	79
[그림 5-2] 임명권자 정치적 특성에 따른 이념성향 비교 (진보적 표결의 비율) .....	87
[그림 5-3] 임명권자 정치적 특성에 따른 의견성향 비교 (이념 성향 지수) .....	87
[그림 5-4] 대법관의 주류적 특성에 따른 의견성향 비교 (진보적 표결의 비율) .....	101
[그림 5-5] 대법관의 주류적 특성에 따른 의견성향 비교 (이념 성향 지수) .....	101

# 제 1 장 서 론

## 제 1 절 연구의 목적 및 필요성

### 1. 문제 제기

민주화 이후 대두한 정치의 사법화 경향에 따라, 정책과정에서 법원과 헌법재판소의 역할이 증대되었다. 사법부는 법 적용 작용을 통하여 사회적 가치를 그 구성원들에게 배분하는 기관으로서 오늘날 실질적인 정책 결정자로서의 역할을 담당하고 있다. 분쟁당사자들의 행위를 구속하고, 나아가 결정된 분쟁의 내용과 유사한 상황에 처한 사회구성원에게 장래의 행동지침을 설정함으로써 정책행위자로서의 역할을 수행하는 것이다(김덕준, 2002).

이와 같이 사법부는 정책행위자로서 정책 시스템의 일부를 구성하고 있지만, 그동안 사법부의 결정은 법리적 혹은 제도적 필연성과 전문직 종사자들의 선의에 의해 유지되는 것으로 막연히 생각되어 왔다(박은정, 2010). 이는 사법부의 판결이 전통적으로 공법학자들에 의해 법 해석에 기초하여 법리적 측면에서 연구되어왔을 뿐, 정책학이나 정치학 등 인접 학문 분야에서 주요 연구 대상이 아니었던 것과 관련한다.

그러나 R. A. Posner가 지적하듯 법관의 역할은 만들어진 법규들을 단순히 적용하는 데 그치지 않고 재량권의 행사를 수반하는바, 이러한 과정에서 사법부의 판결이 정치적·이념적 성격을 지니게 될 여지가 있다.<sup>1)</sup> 현실에서의 대법관의 이념성향에 대한 언론보도나 최근 사법농단

---

1) 법관이 정치적 판단을 내린다고 할 때의 “정치적”은 다의적인 의미로 사용되는 용어이다. R. A. Posner에 의하면 법관의 판결이 신념상 정당의 강령을 충실히 반영하는 경우뿐 아니라 일관성 있는 정치 이데올로기(진보 또는 보수)를 반영하는 경우를 의미한다. 이데올로기는 특정 정당과 결부 지을 수 없는 이데올로기도 존재하므로 양자가 엄밀하게 동일한 내용은 아니다. 그러나 사법행태를 연구하는 경험주의적 연구에서는 이러한 단계적 차이를 구분하지 않는다. 한편 법관의 재량적 판단을 결정짓는 비법규주의적 요소로는 정치적 요소뿐 아니라 인종·성·성격·직업적 경험 특성과 같은 개인적인 요소도 존재하는데, 이러한 개인적인

사태와 관련하여 제기되는 재판거래 의혹 역시, 실제 성사 여부와 무관히 법관에 따라 상이한 판결 결과가 나올 수 있음을 내포하는 것이다. 뿐만 아니라 지연, 불투명, 전관예우, 유전무죄 무전유죄, 재벌에 대한 저자세, 브로커 등 이미 오래전부터 지적되어 온 사법에 대한 일반 국민들의 불신 요인 역시 사법부가 지니는 정치성의 단면 보여주는 것이라 할 수 있다(박은정, 2010).

이와 같이 사법부 판결에 대한 전통적인 학문적 접근과 현실의 사법부에 대한 국민 인식 간에는 괴리가 존재한다고 할 수 있지만, 법 외적 관점에서 우리나라 사법부 판결을 대상으로 한 경험적 연구는 매우 드문 실정이다. 이러한 점에서 대법원 판결을 대상으로 사법부 결정의 양태를 법리 외적의 관점에서 규명하는 일은, 정책학의 분야에서 필요하고도 의미 있는 학문적 개입이 될 수 있으리라 생각한다.

## 2. 연구의 목적 및 필요성

본 연구에서는 정책행위자로서 사법부의 의사결정 양태를 분석하기 위해 법리적 판단 결과로서의 대법원판결보다 이념적 판단 결과로서의 대법원 판결을 검토하고자 한다. 이를 위하여 다음과 같은 연구문제들을 선정하였다.

첫째, 2006년에서 2018년까지의 전원합의체 판결에서, 시기별·정책 분야별 보수와 진보 이념에 따른 의견 대립 양상은 어떻게 나타나고 있으며 이를 통해 본 우리나라 대법원의 이념적 지형은 어떠한가

둘째, 대법관 구성 요인 특성에 따라 의견성향의 차이가 나타나는가.

요컨대, 본 연구는 정책 행위자로서 대법원의 이념적 양태를 분석하는 것을 목적으로 한다. 이와 더불어 이를 설명할 수 있는 요인들 중, 대법관의 구성의 문제가 어느 정도 설명력이 있는지를 검토하고자 한다. 본 연구의 필요성을 이론적·현실적 측면에서 제시하면 다음과 같다.

---

요소 역시 정치적·이념적 판단에 영향요인이 될 수 있다(R. A. Posner, 2008[2016]:25-27).

첫째, 사법적 의사결정에 대한 이념적 접근의 필요성이다. 사법적 결정을 설명하는 이론은 크게 법규 모형과 초법규 모형으로 대별된다. 법규적 모형은 판결이 법리에 따라 객관적으로 이루어진다고 보는 입장으로 선례구속의 원칙과 해석주의를 바탕으로 하는데 이러한 법규 모형에만 입각해서는 현실에서 법관들의 의견이 대립하는 이유를 설명하기 어렵다. 이에 대하여, 문언이나 입법의 한계로 인해 불확정적일 수밖에 없는 법규를 사용하여 재판을 해야 하는 상황에서 엄밀한 논리 또는 해석의 대원칙들이 객관적이고 중립적인 답을 보장할 수 없다는 견해(R. A. Posner, 2008[2016]:9)와 재판은 단순히 ‘있는 법’을 확인하는 과정이 아니며 입법부가 남겨놓거나 간과한 부분에 대한 정치적 판단을 담당하는 작업이라는 견해(손창완, 2017) 등이 제시되는바, 정책행위자로서 사법부의 의사결정양태를 연구하기 위한 하나의 대안으로서 초법규적 접근이 필요하다고 할 수 있다.

최근 불거진 사법농단 사태는 ‘정권의 입맛에 맞는 판결’, ‘재판거래’ 등의 의혹을 낳고 있고 논란이 되고 있는 판결들은 노동사건이 주를 이루고 있다는 지적이 있다.<sup>2)</sup> 또한 과거로부터 회자되어 온 ‘유전무죄 무전유죄’의 문제제기 등 국민의 사법부에 대한 불신요인은 이념적 편향을 전제로 하는 경우가 있다. 이에 사법부 판결을 이념적으로 고찰해볼 필요가 있으며 본 연구는 우리나라 사법결정을 분석하기 위한 이념적 분석 틀을 모색하였다는 데 의의가 있다.

둘째, 사법 결정에 대한 제도 및 행태적 접근의 필요성이다. 본 연구는 사법부 중에서도 대법원의 판결이 어떠한 이념적 양태를 보여 왔으며 왜 그러한지에 관한 경험적 연구라고 할 수 있는데 초법규적 관점에서, 대법관 구성 요인에 초점을 두고 이를 분석하고자 한다. 이와 같이 대법관 구성의 요인에 초점을 두는 것은, 대법원의 이념성향이 대법관 구성 방식과 연계되어 논의되고 있는 경우가 많아 이를 경험적으로 분석할 필

2) “사법부 강타한 ‘재판 거래’ 의혹…논란된 16개 판결 살펴보니”, 중앙일보, 2018.06.05., <https://news.joins.com/article/22686415>, 접속일자 2019.02.25., “MBC 100분 토론 박범계 의원, ‘양승태 사법부의 궁극 목표는 극단적 보수가치’”, 톱스타뉴스, 2018.08.08., <http://www.topstarnews.net/news/articleView.html?idxno=460394#08e1>, 접속일자 2019.02.25.



요성이 있기 때문이다.<sup>3)</sup> 의견 성향의 차이가 대법관의 구성 및 특성 요인에 의해 설명되는 정도를 규명함으로써 대법관 구성의 문제와 관련하여 시사점을 모색하고자 한다.

## 제 2 절 연구의 범위와 방법

본 연구에서 분석 대상의 범위는 이용훈 대법원장부터 김명수 대법원장 초기(2006년~2018년)의 대법원 전원합의체 판결로 한다. 대법원 판결 중 전원합의체 판결을 연구 대상으로 하는 이유는 다음과 같다.

첫째, 동일한 사안에 대한 대법관 전원의 의견을 확인할 수 있기 때문이다. 기본적으로 태도모형은 의사결정자로서의 재판관 개개인의 정치적, 사회적 특성 등이 판결 행태에 영향을 미친다고 가정하므로 법관 간 상당수준의 의견불일치의 발생을 전제로 한다. 현행법상 대법관 3명 이상으로 구성된 부(部)에서 먼저 사건을 심리하여 의견이 일치한 경우에는 전원합의체 판결에서 제외된다(법원조직법 제7조 제1항). 전원합의체 판결문에는 다수의견과 소수의견이 모두 표시되므로 대법관의 의견 대립양상을 확인할 수 있다.

둘째, 판결의 위상과 사회적 중요성에 기인한다. 전원합의체 판결은 명령 또는 규칙이 헌법이나 법률에 위반된다고 인정되는 경우 및 종전에 대법원에서 판시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석 적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있다고 인정하는 경우, 부에서 재판하는 것이 적절

---

3) 국회와 대법원장, 그리고 대통령으로 선출·지명·임명을 균분화한 헌법재판소(헌법 제111조 제2·3항)와 달리 대법원은 대법원장의 제청과 대통령의 임명이라는 특수한 구조를 띠고 있다. 이에 대하여 제기되는 비판으로는, “인사권 독점 대법원장 체제 바꾼다 핵심은?”, SBS, 2019.02.05., [https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news\\_id=N1005125476](https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1005125476)., 접속일자 2019.02.25., “제왕적 대법원장 ‘사법관료화’ 초래… “권력 분산” 거센 여론”, 한겨레, 2018. 03. 28., [http://www.hani.co.kr/arti/politics/politics\\_general/835310.html](http://www.hani.co.kr/arti/politics/politics_general/835310.html)., 접속일자 2019.02.25., “대법관 제청 기준은 서오남 아닌 다양성”, 조선일보, 2017. 10. 26., [http://news.chosun.com/site/data/html\\_dir/2017/10/26/2017102600244.html](http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2017/10/26/2017102600244.html)

하지 아니한 경우(법원조직법 제7조 제1항 각 호)<sup>4)</sup>를 대상으로 하므로 그 위상이나 사회적 중요성이 어느 판결보다도 크다고 할 수 있다. 전원합의체 판결의 경우 다수의견 외에 소수의견도 이후 법의 해석과 적용에 있어서 사실상의 중요한 힘을 발휘하게 되고, 새로운 선례가 되어 국가와 개인에게 규범과 같은 기준으로 작용하게 된다. 따라서 정책학적 측면에서 전원합의체 판결에 대한 분석의 필요성이 크다고 할 수 있다.

셋째, 자료의 접근 가능성과 분석의 효율성이라는 현실적 측면을 들 수 있다. 태도 모델에 입각하여 이루어진 미국 연구의 대부분은 양적 연구에 의하고 있는데 이는 미국 연방대법원에서 제공하는 풍부한 데이터에 기인한다. 그러나 우리나라의 경우 이러한 데이터가 제공되고 있지 않으므로 분석 대상을 한정할 필요가 있다. 이에 자료의 접근 가능성을 고려하여 사법연도 2006년부터 2018년에 이르기까지의 대법원 전원합의체 판결과 결정사항을 연구 대상으로 한다.

2006년부터 2018년까지의 기간은 이용훈 대법원장(2005.09~2011.09),<sup>5)</sup> 양승태 대법원장(2011.09~2017.09) 및 김명수 대법원장(2017.09~현재)의 초기 재임기간을 포함한다. 미국의 경우 특정 대법원장 시기(Court)가 주된 연구의 분석 대상으로 등장하고 있는데 이는 대법원장 재임기간별로 판결경향을 비교함으로써 미국 연방대법원이 시대별로 중요하게 고려하고 있던 법적 쟁점을 파악할 수 있기 때문이다(이제우, 2016:97). 우리나라의 경우에도 대법원장이 대법관에 대한 제청권한을 가지고 있어 대법원장의 변화가 대법관 구성의 변화를 수반하므로, 경험적으로 분석할 필요가 있다고 판단하였다.

본 연구의 주된 연구방법은 문헌조사와 내용분석이다. 내용분석(Contents analysis)이란 기술된 메시지를 객관적이고 체계적으로 파악하

4) 최근 대법원은 『대법원 전원합의체 심리절차에 관한 내규(대법원 내규 제496호)』를 제정하여 법원조직법 제7조 제1항 제4호의 요건을 구체화하였는바 중대한 공공의 이해관계와 관련되거나 국민적 관심도가 매우 높은 사건, 우리 사회의 근본적 가치에 관한 결단을 제시할 만한 사건, 사회적 이해충돌과 갈등대립 등을 해소하기 위한 최종 판단이 필요한 사건 등이 이에 해당한다(대법원 전원합의체의 심리절차에 관한 내규 제2조)

5) 이용훈 대법원장은 2005년 9월에 취임하였으며 취임 후 첫 대법원 전원합의체 판결의 선고연도는 2006년이다.

여 추론을 내리는 데 사용되는 기법(Holsti, 1969; 김영천 외, 2017:319 재 인용)으로서 문헌의 내용을 정해진 규칙에 따라 의미 있는 정보로 변화시켜 분석하는 방법을 의미한다. 본 연구는 판결문을 연구대상으로 하지만 그 자체가 아닌 특정 기준에 따라 의견(Votes)을 수량화한 데이터를 토대로 하므로 내용분석 방법이 적합하다고 할 수 있다.

한편, 내용 분석은 코드화할 때 연구자의 주관이 개입될 여지가 있는 한계가 있다. 이에 본 연구에서는 판결을 분석함에 있어, 단행본, 언론기사, 시민단체의 입장, 학술 논문 등 관련 자료를 최대한 수집하여 이를 통해 판단하고자 하였다. 이와 더불어 코딩의 신뢰성을 확보하기 위해 다른 연구자와 함께 예비조사를 거쳐 신뢰도 분석을 실시하였다.

내용분석은 분석결과를 수량화한 후 통계분석을 실시하는 것을 포함한다. 본 연구에서는 먼저 판결을 분석 단위로 하여 시기별·영역별 대법원의 이념적 위치(stance)를 수치를 통해 살펴본 후, 표결(votes)을 단위로 하여 임명권자의 특성, 제청권자의 특성, 인적 특성에 따라 대법관 의견의 이념적 분포에 차이가 있는지를 확인하고자 한다.

## 제 2 장 대법관 구성과 전원합의체

### 제 1 절 대법관의 임명과 구성

대법원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하며(헌법 제104조 제1항) 대법관은 대법원장의 제청으로 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다(동조 제2항).

이와 같이 현행 헌법이 대통령이 대법원장과 대법관을 임명하도록 한 것은 대법원 구성이념으로서의 민주성의 요청에 부응하기 위한 것이라 할 수 있다. 시민사회 혹은 법률가 공동체의 동의나 승인으로부터 그 정당성을 확보함으로써 사전적 민주성의 요청에 기여하는 것이다(한상희, 2012).

한편, 법원조직법은 대법관 후보자의 추천을 위하여 대법원에 대법관 후보추천위원회를 두도록 하고 있고(법원조직법 제41조의2 제1항) 대법원장은 대법관 후보자를 제청하는 경우 대법관후보추천위원회의 추천을 존중하여야 한다(동조 제7항).

그러나 이와 같은 인선 방식에 대하여는 다음과 같은 비판이 제시되고 있다.

첫째, 대법관후보추천위원회의 구성의 문제이다. 10명의 위원 중 6명의 당연직과 1명의 대법관 아닌 법관을 제외하면, 법률가가 아닌 위원은 3명에 불과하여 법률가의 과다대표성이 지적된다(법원조직법 제41조의2 제3항). 또한 법무부장관이 위원(동조 동항 제3호)으로 참여하여 권력분립 원칙에 위배될 소지가 있으며 법원행정처장(동조 동항 제2호)은 대법원장의 지휘·감독에서 자유로울 수 없다는 문제가 있다(한상희, 2012; 정태호, 2017).

둘째, 대법관후보추천위원회의 절차적 불투명성을 지적할 수 있다. 법원조직법은 대법관후보추천위원회의 운영에 필요한 사항을 대법원 규칙으로 정하도록 위임하고 있는데(법원조직법 제41조의2 제9항), 대법관후

보추천위원회규칙은 대법후보추천위원회의 회의의 절차와 내용에 대하여 비공개 원칙을 규정하고 있다(대법관후보추천위원회규칙 제5조 제4항).

셋째, 대법원장의 배타적인 영향력 행사 가능성이 문제로 지적된다. 대법원장은 대법관후보추천위원회의 구성에 관여할 수 있고(법원조직법 제41조의2 제3항), 앞서 지적한 위원회의 절차적 불투명성 역시 후보 심사 과정에서 대법원장의 실질적인 권한을 강화시킬 수 있기 때문이다. 이러한 연유로 현실에서 대법관후보추천위원회는 대법원장의 ‘거수기’라는 비판을 받아온 사실이 있다(중앙일보, 2017.11.23.)<sup>6)</sup>

결과적으로, 대법원의 구성에 대하여 대통령과 대법원장의 영향권역 안에서 제청·임명된 대법관으로 이루어질 가능성이 존재하며 그에 따라 대법원의 역할과 기능도 대법관과 대법원장 간의 관계 그리고 대법원장과 대통령의 관계에서 완전히 자유로울 수 없다는 비판(한상희, 2012; 세계일보, 2019. 04. 28.)이 존재한다. 이에 임명과 제청이라는 대법관 구성의 요인에 따라 의견성향의 차이가 나타나고 있는지를 경험적으로 분석해볼 필요가 있다.

한편, 법관의 자격에 대하여 현행헌법은 법률로써 정하도록 하고 있고(헌법 제101조 제3항), 법원조직법 제42조는 대법원장과 대법관의 자격에 대해 다음과 같이 규율하고 있다.

**법원조직법 제42조(임용자격)** ① 대법원장과 대법관은 20년 이상 다음 각 호의 직(職)에 있던 45세 이상의 사람 중에서 임용한다.

1. 판사·검사·변호사
2. 변호사 자격이 있는 사람으로서 국가기관, 지방자치단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관, 그 밖의 법인에서 법률에 관한 사무에 종사한 사람
3. 변호사 자격이 있는 사람으로서 공인된 대학의 법률학 조교수 이상으로 재직한 사람

---

6) “[단독]김명수 대법원장, 신임 대법관 후보 추천 관여 안 한다”, 중앙일보, 2017.11.23., <https://news.joins.com/article/22140554>, 접속일자 2019.03.05.

법무부가 2015년 8월 26일에 발표한 “역대 대법관 구성 분석” 보고서(2015.08.06.작성)에 의하면, 1948년부터 2015년까지 재임한 대법관 총 142명의 출신대학은 초창기의 일본대학 출신 대법관 18명과 법관양성소 출신 대법관 1명을 제외하면 서울대가 102명(82.9%)이었으며, 경력 특성은 법원 경력이 있는 법관 출신이 124명(87.3%)이었다(정태호, 2017:36). 이러한 결과는 법원조직법 제42조 제1항의 규정에도 불구하고 우리나라의 대법관 인적 구성이 서울대 출신의 50대(이상) 판사 출신 남성이라는 획일적인 특성을 띠고 있음을 보여주는 것이라 할 수 있다.

이와 같은 우리나라의 대법관 구성의 획일성에 대하여, 동 요인이 대법원 판결경향의 보수화를 초래한다는 주장이 존재하는바, 이는 학교 · 나이 · 성별 · 전직 경력에 있어 유사한 대법관들이 균질적인 가치체계와 성향을 형성하여, 우리사회의 다양한 가치 및 소수자와 약자의 의견을 제대로 반영하지 못할 것이라는 우려에 근거한다.<sup>7)</sup> 따라서 대법관의 주류적 특성 여부가 판결 경향의 차이로 나타나는지 경험적으로 분석하는 것은 대법관 구성과 관련해서 시사점을 줄 수 있을 것이다.

## 제 2 절 전원합의체 판결의 의의와 근거

원칙적으로 대법원에 접수되어진 사건들은 대법관 전원의 3분의 2 이상으로 구성되는 합의체에 의하여 결정되지만, 현실적으로는 대법관들의 과도한 재판 업무를 경감하고 재판의 효율성을 확보하기 위하여 대법관 3인 이상으로 구성되는 부(部)가 구성되어 사건을 처리한다(김덕준, 2002). 그러나 판결에 관여한 대법관들의 의견이 일치하지 않거나 중요

7) 대법관 구성의 다양화에 대한 논의에 대하여는 정태호.(2017). “대법원구성에서 인적 다양성 요청과 그 구현방안”, 경희법학 제52권 제3호 37면 외, 임지봉.(2017). “대법관 구성의 다양성과 그 확보 방안”, 「대법관 구성의 다양성 확보 방안 토론회 자료집」, 국회의원 송영길과 대한변호사협회., 민주적 사법개혁 실현을 위한 연석회의, “국민 추천은 요식행위였다. 법관순혈주의 유지 규탄한다”, 2015.08.05. 등 참조.

한 사건의 경우 전원합의체에 의한 판결과 결정이 이루어진다(법원조직법 제7조 제1항 각호).

명령 또는 규칙이 헌법이나 법률에 위반되거나 대법원 판례를 변경할 필요가 있는 경우 및 부에서 재판하는 것이 적당하지 않은 경우에는 대법관 4명으로 구성된 소부로부터 사건을 넘겨받아 전원합의체에서 심리를 하게 되며 전원합의체에는 법원행정처장을 제외한 대법관 12명과 대법원장 13명이 모두 참여하는 것이 일반적이다.

**법원조직법 제7조(심판권의 행사)** ① 대법원의 심판권은 대법관 전원의 3분의 2 이상의 합의체에서 행사하며, 대법원장이 재판장이 된다. 다만, 대법관 3명 이상으로 구성된 부(部)에서 먼저 사건을 심리(審理)하여 의견이 일치한 경우에 한정하여 다음 각 호의 경우를 제외하고 그 부에서 재판할 수 있다.

1. 명령 또는 규칙이 헌법에 위반된다고 인정하는 경우
2. 명령 또는 규칙이 법률에 위반된다고 인정하는 경우
3. 종전에 대법원에서 판시(判示)한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석 적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있다고 인정하는 경우
4. 부에서 재판하는 것이 적당하지 아니하다고 인정하는 경우

한편, 법원조직법 제7조 제1항 제4호는 ‘부에서 재판하는 것이 적당하지 아니하다고 인정되는 경우’에는 부에서 의견이 일치하는 경우라도 전원합의체에서 심리하도록 하고 있는데 이에 대하여 최근 대법원은 2018년 6월 14일 「대법원 전원합의체 심리절차에 관한 내규(대법원 내규 제496호)」를 제정하여 요건을 구체화하였다.

**대법원 전원합의체의 심리절차에 관한 내규 제2조(전원합의기일에 심리할 사건의 지정)** ④ 사건이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 법 제7조제1항 제4호의 사유에 해당하는 것으로 보아서 제1항에 따라 전원합의기일에서 심리할 사건으로 지정할 수 있다.

1. 중대한 공공의 이해관계와 관련되거나 국민적 관심도가 매우 높은 사건
2. 우리 사회의 근본적 가치에 관한 결단을 제시할 만한 사건
3. 사회적 이해충돌과 갈등대립 등을 해소하기 위한 최종 판단이 필요한 사건
4. 역사적으로 사법적 평가가 필요한 쟁점을 다루는 사건
5. 중요한 일반적 법 원칙을 강조하여 선언할 필요가 있는 사건
6. 그 밖에 제1호부터 제5호까지에 준하는 사건<sup>8)</sup>

전원합의체 판결에는 합의에 참여한 모든 대법관의 의견을 표시하도록 되어있다(법원조직법 제15조). 따라서 전원합의체 판결에는 다수의견 외에도 소수의견으로써 별개의견, 반대의견, 보충의견 등이 제시되는데 이러한 대법관 간의 의견불일치는 법규모형만으로는 설명되지 않는 현상으로써 초법규모형의 현실설명력을 대변함과 동시에 사법 판결에 대한 학제 간 연구의 필요성을 지지하는 하나의 근거가 된다. 현실에서 비(非)전원일치 판결의 존재는 재판과정이 객관적이며 고정불변한 법리에 의거하여 이루어진다고 보다는 재판과정에서 대법관 개개인마다의 상이한 행태적, 사회적, 정치적, 심리적 특성이 영향요인으로서 작용할 여지가 있다는 주장을 뒷받침한다는 것이다(김덕준, 2002:42).

---

8) 대법원은 보도자료를 통해 각 호의 사유에 대하여 예시를 들고 있다. 통상임금 사건(2012다89399), 국정원 댓글 사건(2017도14322) 등과 같이 다수 국민의 법적 생활관계에 중대한 영향을 미칠 수 있거나 사회적 파급력이 큰 경우 등(제1호), 성전환자 성별정정 사건(2004스42), 연명치료 사건(2009다17417) 등과 같이 헌법상 기본권이나 기본 원리가 법률해석의 쟁점이 되는 경우 등(제2호), PD수첩 광우병 사건(2009다52649), 강정마을 해군기지 설치 사건(2011두19239) 등과 같이 계층, 세대, 직업 간 이해의 충돌이 첨예하거나 이념적 대립이 큰 경우 등(제3호), 각종 과거사 관련 사건, 대통령 긴급조치 위반 사건 등(제4호), 법령 개정에서 신뢰보호 원칙 사건(2005두4649) 등과 같이 법치주의 근간의 일반 법리 선언이 필요한 사건 등(제5호)이 그것이다(대법원 보도자료, 2018.06.18.).

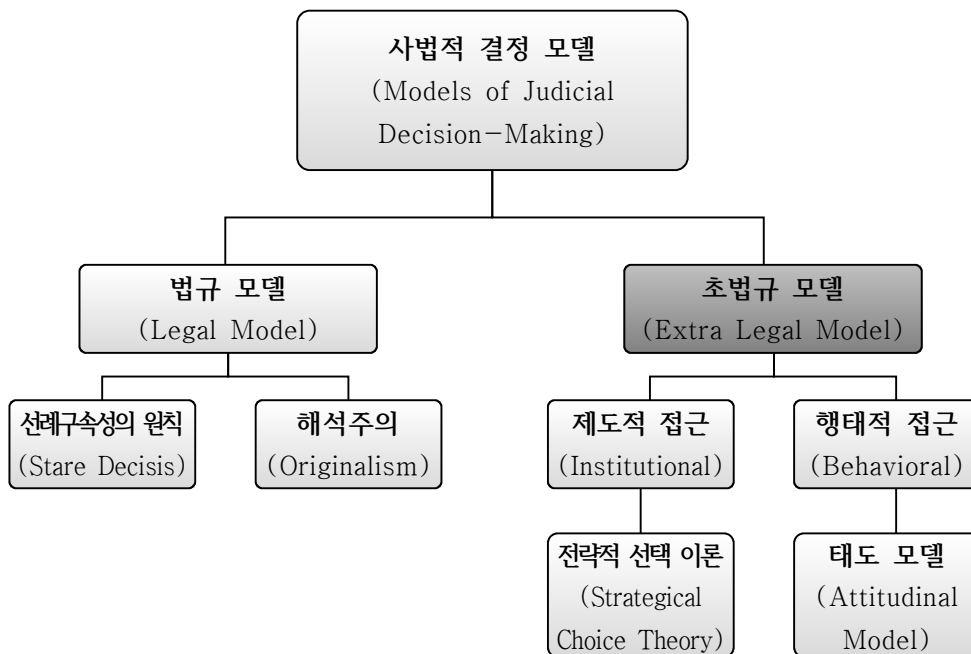


## 제 3 장 이론적 논의와 선행연구 검토

### 제 1 절 사법 결정에 관한 이론

사법결정에 관한 선행연구는 크게 ‘법규 모형(legal model)’ 과 ‘초법규적(法外的) 혹은 정책기반 모형(extra-legal or policy-based model)’ 으로 나뉜다(George & Epstein, 1992; 이주한, 2014:5; 임재성, 2018:23 재인용).

[그림 3-1] 사법 결정에 관한 이론



출처: 이주한(2014). p.6

#### 1. 법규 모형(Legal model)

법규 모형은 사법 결정이 법률 해석, 즉 법리에 따라 객관적으로 이루어

어진다고 보는 입장으로, ‘헌법과 법률의 명료한 의미’, ‘명확한 입법자의 의도’ 등을 근거로 한다. 이 모형에서 법관은 분쟁사건에 대하여 헌법과 법률에 기반하여 객관적이고 비감정적이며 불편부당한 판결을 내리는 존재로 파악된다(김덕준, 2002:36).

법규 모형은 다시 ‘선례구속 원칙’과 ‘해석주의’로 구성된다. 먼저 선례구속 원칙(Stare Decisis)이란 상급법원의 판결이 그 이후의 그와 동일 또는 유사한 사건에 대하여 구속력을 가진다는 것을 의미한다. 선례구속성의 원칙은 귀납적 접근 방법에 기반한 영미법의 중요한 원칙인데, 이는 영미법이 현실 사건 속에서 법을 발견하는 방법으로 형성되기 때문에 법체계의 일관성과 축적을 위해 과거의 판례가 구속력을 가질 필요가 있기 때문이다. 이에 반해 대륙법 체계인 우리나라는 상급법원의 재판에 있어서의 판단이 ‘당해 사건’에 관하여 하급심을 기속할 뿐이다(법원조직법 제8조). 해석주의(Originalism)는 해석은 ‘헌법 또는 법률의 해석은 법전에 분명하게 내포되었거나 헌법이나 법률제정자에 의해 분명하게 의도된 의미’ 내에서만 이루어져야 한다는 입장이다(이주한, 2014:6-7).

## 2. 초법규 모형(Extra-Legal model)

사법적 결정이 선례구속성의 원칙과 해석주의에 의해 객관적으로 이루어진다는 법규적 모형에 의하면, 동일한 사건에서 법관들의 의견이 대립하는 이유를 설명하기 어렵다. 초법규 모형은 그 대안으로 등장한 이론으로서, 크게 태도이론과 전략적 선택 이론으로 대별된다.

### 1) 태도이론

태도이론은 법사실주의(legal realism)적 전제에 행태주의 정치학자들의 방법론이 결합되어 등장한 이론으로, 법원의 결정이 판사 개인의 태도 또는 세계관을 반영하는 것이라고 한다. 법관은 판결과정에 관련된 사

회정치적 상황의 맥락에서 자신의 사회심리적 특성에 기반하는 정책선호를 충족시키려는 의사결정주체로 파악된다(김덕준, 2002:39). 재판관들의 결정과정에 관한 사회심리학적 이론에서 그 기초를 찾을 수 있는데 일반적으로 이 시각에서의 접근은 정치행위자로서의 법관이 일련의 이념적 태도를 가지고 있으며 이것이 그들의 정치적 결정을 이끈다고 설명한다(Posner, 2008[2016]:38).

## 2) 전략적 선택이론(Strategical Choice Theory)

전략적 선택 이론은 법원을 정치적 행위자로서 자기들의 특정한 목표 달성을 위해 전략적 고려를 하는 존재로 본다. 태도이론에서와 달리 판사들은 순수하게 자기 자신의 태도와 의지에 의한 결정을 하는 것이 아니고, 의회, 대통령, 동료판사들 등의 선호와 관련하여 ‘전략적(strategic)’ 또는 ‘상호의존적(interdependent)’ 결정을 한다고 설명한다(Posner, 2008[2016]).

전략적 선택모델은 법관들이 그들이 선호하는 정책의 실현을 위해 목표 지향적 행위를 한다고 보는 점에서 태도모델과 가정을 공유하지만 법관들이 자신의 의지를 자유롭게 관철시킬 수 없도록 하는 구조적 요인들에 더욱 주목한다는 점에서 태도모델과 구별된다. 즉 법관들을 합리적 행위자로 보면서도 개별 행위자의 속성들이 전체의 속성들을 설명할 수 있다는 가정을 거부하고 개인들은 그들이 속한 집단의 제도화된 상징체계 내지는 가치체계에 의해서 제약을 받는다는 제도주의적 관점을 취한다(Koebel, 1995:231-243; 임재성, 2018:28 재인용).

## 제 2 절 판결·의견 성향의 이념적 분류 기준

### 1. 판결 성향 분류 기준으로서 보수와 진보

미국 연방 대법원의 이념적 양상(Ideology in the Supreme Court)을 분석한 L. Baum(2017:5)은 이념(ideology)을 정책 선호, 정치적 이슈에 대한 입장의 집합, 개인의 자아 정체성(individuals' self identification) 등으로 정의하고 있다.<sup>9)</sup> 한편 이상수(2009)는 법관의 재량영역에서 나타나는 법원의 입장이나 태도로서의 이데올로기에 대하여 “특정한 이익을 대변하는 철학”으로 정의하고 있다. 이하에서는 본 연구에 적용할 이념적 분석 기준을 모색하기 위해 국내외의 판결의 이념적 성향 분류기준에 관한 연구를 살펴보고, 우리나라의 현실 논의를 수용하기 위해 정치학에서의 논의를 아울러 검토하고자 한다.

#### 1) 미국에서의 논의

##### 가. H. J. Spaeth : 미국 연방대법원 데이터의 분류 기준

미국 연방대법원에서는 판결과 법관 의견에 대해 진보와 보수로 이분화한 데이터를 제공하고 있는데 이는 Harold J. Spaeth가 수립한 기준에 의한 것이다(이제우, 2016). 웹사이트(<http://scdb.wustl.edu>)에 공개된 온라

---

9) 일반적으로 이념 성향을 논의할 때, 진보와 보수라는 이분법적 구분을 하게 되지만, 이러한 개념이 언제나 명확한 기준에 따라 구별되어지는 것은 아니며 연속선상의 스펙트럼에 위치하는 것으로 논의되기도 한다(최현주, 2010). 그럼에도 불구하고 하나의 사건에서 이념이 범주적 변수(categorization)로 논의될 수 있는 것은 바로 상고기각 혹은 원심파기로 귀결되는 전원합의체 판결의 의견에 대립구도에서의 특정 당사자에 대한 태도, 혹은 정책이슈나 법규·제도에 대한 입장이 논거로 활용되기 때문이다. 가령, 평등을 둘러싼 논쟁은 비교대상을 바라보는 사이한 가치관들 사이의 논쟁이고, 평등대우에 찬성하는 논거와 차별대우에 찬성하는 논거 사이에 벌어지는 논증 게임(argumentation-game)으로 이해될 수 있다(이준일, 2017:5).

인 코드북은 ①시민 인권(civil rights) 등 분야<sup>10)</sup>, ②노동조합과 경제활동 분야, ③사법부의 권한(judicial power), ④연방주의, ⑤연방조세, ⑥기타 등의 영역으로 나누어 각각 진보와 보수의 기준을 제시하고 있다. 시민 인권 등 분야에서 진보란 피고인을 보호하고(pro-person accused), 시민적 자유와 권리를 옹호하고(pro-civil liberties or civil rights), 적극적 평등 조치와 사회적 약자를 옹호(pro-affirmative action, pro-underdog)하는 등이다. 그리고 보수는 그 반대로 정의된다. 경제적 활동 분야에서 진보란 노조를 옹호하고(pro-union), 親정부적이며(pro-government), 채무자를 옹호하고(pro-debtor), 소비자를 옹호(pro-consumer)하는 등이다. 그리고 보수는 그 반대로 정의된다. 이 중 시민 인권 등 분야와 노동조합·경제활동 분야 및 사법부의 권한 분야의 구체적인 기준을 살펴보면 다음과 같다.

[표 3-1] H. J. Spaeth의 쟁점별 이념적 성향의 판단 기준

①시민 인권 등 분야<sup>11)</sup>

쟁점(issue)	진보적 (liberal)	보수적 (conservative)
검사에 의해 기소된 자 또는 유죄판결을 받은 자 또는 배심재판을 거부당한 자	찬(pro)	반(anti)
시민자유 또는 시민권리 청구인, 특히 덜 보호받는 시민인권을 행사하는 자(가령 동성애자)	찬	반
아동 또는 청소년	찬	반
극빈자	찬	반
인디언	찬	반

10) 시민인권(civil rights), 형사사법절차(criminal procedure), 수정헌법 제1조(first amendment), 적법절차(due process), 프라이버시 권리(privacy), 변호사(attorney)와 관련된 사건

11) Supreme Court Databases, Online Code Book, <http://scdb.wustl.edu/documentation.n.php?var=decisionDirection>, 접속일자 2019. 2. 18.

이제우. (2016). “미국 연방대법원 판결의 유형과 사회적 영향에 대한 연구”, 사법정책연구원. pp. 121-122

적극적 평등조치	찬	반
국교금지조항에 대한 중립성	찬	반
낙태에 관해서 여성의 권리	찬	반
약자(underdog)	찬	반
노예제도	반	찬
외국영토의 편입	찬	반
수정헌법 제5조의 수용조항에 관한 사건에서 정부(적법절차와 관련하여)	찬	반
수정헌법 제5조의 수용조항상 적법절차 사건에서 소유자에 대한 입장(단, 형사몰수사건 도는 몰수가 친(親)경영인 경우는 제외)	반	찬
비거주자에 대한 관할권의 행사로 인한 적법절차의 침해	찬	반
비책임사건에서의 변호사 또는 정부관료	찬	반
선거자금지출과 관련된 책임	찬	반
선거자금 비리	반	찬
수정 헌법 제1조를 상대로 한 프라이버시 (정신적 무능력자의 프라이버시가 침해된 경우)	찬	반
고용/학생기록을 제외한 정보자유법 사안의 공개	찬	반

[표 3-2] H. J. Spaeth의 쟁점별 이념적 성향의 판단 기준

②경제활동·노동조합 사건<sup>12)</sup>

쟁점(issue)	진보적 (liberal)	보수적 (conservative)
노동조합(단, 노동조합과 관련된 독점 금지 사건은 제외)	찬	반
노동조합과 관련된 독점 금지에서 경쟁	찬	반
정부	찬	반
기업	반	찬
사용자	반	찬
부상자	찬	반
극빈자	찬	반
대기업을 상대로 하는 중소기업	찬	반
주(州) 조세사건에서 정부/기업	찬/반	반/찬
채무자	찬	반
파산	찬	반
환경보호	찬	반
경제약자	찬	반
소비자	찬	반
정부 부패와 관련된 책임	찬	반
영토분쟁과 관련된 양수인, 매수인, 또는 점유인	찬	반
노동조합을 상대로 하는 노동조합원 또는 근로자	반	찬
노동조합 독점 금지와 관련된 사건에서의 노동조합	반	찬
유니언 쉘 도는 클로즈드 쉘과 관련된 문제에서의 노동조합	반	찬
중재에 대한 소송	찬	반

[표 3-3] H. J. Spaeth의 쟁점별 이념적 성향의 판단 기준

③사법부의 권한과 관련된 사안<sup>13)</sup>

쟁점(issue)	진보적 (liberal)	보수적 (conservative)
사법부의 권한 행사	찬	반
사법적극주의	찬	반
행정조치의 사법심사	찬	반

## 나. Martin-Quinn 모델

Andrew D. Martin과 Kevin M. Quinn의 Martin-Quinn 모델은 의견의 내용을 고려하지 않고, 현상 유지(status quo)와 그 대안(alternative)에 대한 대법관의 선호에만 기초하는 독특한 방식에 따라 결과를 도출한 다. 사건의 쟁점에 대하여 고려하지 않기 때문에 특정 사안에 있어 찬반(가령, 친(親)소수자, 반(反)기업, 친(親)규제 등)에 따른 입장 역시 고려하지 않으며, 오로지 주어진 기간 동안 각각의 대법관이 표결하는 패턴, 즉 누가 원심을 파기(reverse)하였거나 상고를 기각(approve)하였는지에 관한 정보만을 사용하게 된다(이제우, 2016:127-130).

12) Supreme Court Databases, Online Code Book, <http://scdb.wustl.edu/documentation.php?var=decisionDirection>, 접속일자 2019. 2. 18.

이제우. (2016). “미국 연방대법원 판결의 유형과 사회적 영향에 대한 연구”, 사법정책연구원. p. 123.

13) Supreme Court Databases, Online Code Book, <http://scdb.wustl.edu/documentation.php?var=decisionDirection>, 접속일자 2019. 2. 18.

이제우. (2016). “미국 연방대법원 판결의 유형과 사회적 영향에 대한 연구”, 사법정책연구원. p. 124.



## 다. Bailey

Bailey(2012) 모델은 다양한 요소들을 종합적으로 고려하는 접근에 기초하고 있다. 우선 앞에서 살펴봤던 H. J. Spaeth의 접근(Rule-based coding)이 활용되는데 이에 따르면 표현의 자유, 소수자(동성애자, 극빈층을 비롯한 사회약자)의 권리 등을 옹호하는 입장이 진보적인 성향이 된다.

Bailey는 이밖에 Harvey와 Woodruff가 제안하는 방식을 활용하기도 한다. 연방대법원의 외부 요인으로서 외부 행위자(external actor)의 반응이 고려되는데 여기서 중요한 외부 행위자로는 연방의회 의원들이 있다. 만일 연방대법원의 특정 판결을 진보 진영의 의원들이 지지하였고 보수 진영의 의원들이 반대하였다면 이러한 판결은 진보적 판결인 것이고, 그 반대의 경우는 보수적 판결로 분류된다. 만일 양 진영이 특별히 견해 차이를 보이지 않을 경우 판결이 이념적 성향을 지니지 않은 것으로 파악된다(M. A. Bailey, 2012; 이제우, 2016:130-131 재인용).

## 2) 우리나라에서의 논의

박재형(2009)은 재판관의 이념적 태도를 보수적-개혁적이라는 두 축을 중심으로 분류하였다. 여기서 보수적 태도란 “기존의 정치현실을 그대로 유지·강화함을 선호하는 태도”를 의미한다. 대체로 국가·사회의 질서유지 및 안정, 국가작용의 효율성과 합목적성을 강조하며 국가 특히 국회에 의하여 규정되는 공익의 관념을 개인적 인권에 우선하여 고려하는 태도로 나타난다. 반면 개혁적 태도란 권위주의적 정치현실에 대하여 비판적인 시각을 가지고 있고, 기본권의 보장과 확장, 국가부분에 대한 사회부분의 자율성 추구, 국가작용의 적법성의 보장을 중심으로 하는 헌법원칙에의 충실 등 순수한 의미에서의 자유주의와 유사한 성향을 의미하는 것으로 보았다.

이주한(2014)은 위헌법률심판을 대상으로 재판관의 정치적 성향이 헌법재판관의 의견 성향에 미치는 요인에 관하여 분석하였는데 종속변수인 의견성향에 대하여 ‘위헌성 의견’을 국민의 기본권을 넓게 판단하는 의견으로 보고 ‘합헌성 의견’은 국민의 기본권을 좁게 판단하는 의견으로 보아 각각을 1, 0으로 두었다.

김덕준(1999)은 정치학 연구분야로서 사법부 판결에서 경제활동에 관련된 자유주의적 판결에 영향을 미치는 요인을 연구하였는데, 자유주의적 판결을 판단하는 기준으로 Goldman(1975)의 연구를 바탕으로 하여 ①노사분쟁에 있어서 노조 측 입장 지지 ②보험회사와 피보험인간의 분쟁에 있어서 피보험인의 이익 변호 ③대기업에 반하는 소기업, 원계약자에 대한 하청업자의 보호 ④독점금지법 위반에 대한 제재 ⑤임대차 분쟁에서의 임차인의 보호 ⑥채무자, 파산자의 권익 수호 ⑦판매자에 반하는 구매자의 입장 지지 ⑧주식관련 분쟁에서 주주 보호 ⑨교통사고 및 여타 재난에 있어서 피해자 보호 ⑩산재 노동자의 권익보장 등을 활용하였다.

임지봉(2013)은 사법진보주의와 사법보수주의의 틀을 활용하여 ‘기존의 법질서와 법 체제의 변화를 적극적으로 수용하려는 태도’를 진보로 ‘기존의 법질서와 법 체제에 대한 변화보다는 이를 유지하려는 입장에서는 태도’를 보수로 규정하여 헌법재판소 재판관들의 성향을 분석하였다. 또한 사회적·경제적 소수자 및 약자의 권리를 신장시키려는 입장인지 여부 및 재판관이 청구인의 기본권 보장을 확대(혹은 제한)하려는 입장인지 여부를 기준으로 판단하였다.

중앙일보-서울대 공동 연구(2018)는 다수의 다른 대법관이 내린 결론과 상반된 소수 의견을 많이 낼수록 진보로 분류되는 ‘다자간 상대적 위치 분석’ 방식을 사용하였다. 다수의견과 결론은 같으나 논거를 달리하는 별개의견을 별도의 가중치로 두어 (-)2~(+)2까지의 값으로 성향점수를 산출하였다.<sup>14)</sup>

참여연대 이슈 리포트에서는 그동안 시민사회단체들이 사법개혁의 목적과 사법부의 판결에 대한 평가에 적용해왔던 기준들을 토대로 하여 평

14) 정원엽 외, “디케의 저울은 수평일까”, 중앙일보, 2018. 11. 29. <https://news.joins.com/DigitalSpecial/330>, 접속일자 2019. 02. 18.

가대상 판결의 선정과 평가기준으로 삼고 있다. 대법원 판결을 평가할 때 노동권이나 피고인 방어권 같은 헌법적 기본권 보장, 여성·아동·청소년·성적 소수자 등 사회경제적 약자 및 소수자의 권리보호, 사회정의와 경제정의 실현 등을 평가항목으로 하여 진보적 판결인지 보수적 판결인지를 판단하고 있다.

**[표 3-4] 참여연대 평가대상 판결 선정 및 평가 기준**

구분	세부 평가 기준
민주주의와 기본권(인권) 보호 여부	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 주권자로서의 국민 기본권 옹호</li> <li>• 형사사법절차의 정당성 강조</li> <li>• 사회변화에 부응한 기본권의 확장 해석</li> <li>• 기본권 제한 사유의 엄격성과 구체성</li> <li>• 사법적극주의적 관점 견지</li> </ul>
소수자 및 사회적 약자 보호 여부	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 성적 소수자와 양심적 병역거부자, 여성, 아동, 노인, 장애인 등</li> <li>• 정치·사회·경제적 취약계층 보호의 관점</li> </ul>
경제 민주화와 소비자 권리 보호 여부	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 국민경제의 균형적 발전</li> <li>• 불평등한 경제구조의 개선</li> <li>• 경제주체간 정보비대칭 해소(사유재산권과 영업의 비밀을 강조하는 관점과 대조)</li> </ul>
노동(권) 보호 여부	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 노동3권에 대한 실질적 보호·인정</li> <li>• 고용안정 등 노동자의 경제적 지위 보호</li> </ul>
환경(권) 보호 여부	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 환경권 인정 대상 확대(환경권에 대한 원고적격 여부 및 보호 범위 관련)</li> <li>• 무분별한 개발(난개발) 제한</li> </ul>

출처: 참여연대 이슈리포트. (2011). 「이용훈 전 대법원장 재임기간 중 대법원 판결 평가」. 참여연대 이슈리포트 제2011-11호. p. 11

## 2. 우리나라에서의 보수와 진보에 관한 논의

국가의 역할이라는 정책적 관점에서 볼 때 영역별로 진보와 보수는 다르게 정의된다. 가령 사회·문화정책에서는 전통적 가치를 내포한 국가, 종교, 가족제도에 보다 많은 가치를 부여하는 견해가 보수이고 개인의 자유를 더 중시하는 견해가 진보라면 경제정책에서는 자유시장에 대한 간섭과 사회경제적 약자를 보호하기 위한 국가의 개입을 지지하는 견해가 진보, 국가의 간섭과 개입을 최소화하고자 하는 견해가 보수라고 할 수 있는 것이다.<sup>15)</sup>

강원택(2005)은 한국에서의 보수와 진보 이념을 분석하기 위해 영역을 보다 세분화하여 네 가지 차원의 접근 틀을 모색하였는데 본 연구에서는 이를 토대로 분야를 분류하였다. 이를 간략히 소개하면 다음과 같다.

먼저 좌-우(left-right) 차원은 경제적·물질적 가치와 관련된 것으로 평등과 효율, 국가와 시장, 분배와 성장, 노동과 자본으로 양분하여 설명될 수 있다고 한다.

둘째, 권위(authority)와 자유주의(libertarian) 차원이다. 이 차원에서 보수는 법과 질서, 권위와 전통, 종교적·전통적 가치를 강조하고 위계질서를 중시하며 사회적 질서, 범죄예방을 위한 엄벌을 선호하는 것으로 분류된다. 반면 자유주의로 불리는 진보는 사회적 질서보다 개인의 자유와 인권을 강조하고 사회적 약자에 대한 정치적, 사회적 평등을 강조하며 정치참여를 중시한다고 설명된다.

셋째, 근대적 가치와 탈근대적(post-modern) 가치의 차원이다. 이 차원에서 보수와 진보는 환경, 인종, 동물보호, 반핵 등 새로운 정치적 쟁점을 둘러싸고 균열 축을 형성하게 되는데 보수는 근대적 가치를 대표하며 진보는 탈근대적 가치를 옹호하는 것으로 설명된다.

넷째, 반공 이데올로기 차원이다. 앞에서 언급한 세 가지 차원은 일반적으로 적용 가능한 보편적인 특성인데 반하여, 이 차원은 한국 사회의 분단 상황이라는 독특한 역사적 경험에서 야기된 이념 성향의 차원으로

---

15) 박철, “대법원을 보는 시각: 보수와 진보”, 법률신문, 2003.07.24., <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Opinion?serial=11145>., 접속일자 2019.02.25.

볼 수 있다. 여기서 보수는 반공이데올로기의 유지와 존속이 필요하다는 입장인 반면, 진보는 그것이 폐기되거나 근본적으로 바뀌어야 한다는 입장이다. 대북정책, 대미관계, 국가보안법 등의 문제를 포함한 안보정책을 둘러싼 갈등은 단순한 정책적 대안 간 사회적 선호 차이의 문제가 아닌 근본적인 가치관의 차이를 반영하며 우리사회의 이념적 갈등을 드러내는 중요한 축을 형성하고 있다(강원택, 2005).

[표 3-5] 한국에서의 보수·진보의 경계

차원	보수	진보
권위(authority)와 자유주의(libertarian)	법과 질서 권위와 전통 종교적 가치 전통적 가치 위계질서 사회질서 범죄예방을 위한 엄벌	개인의 자유와 인권 사회적 약자에 대한 정치적 사회적 평등 정치 참여
좌-우(left-right)	효율 시장 성장 자본	평등 국가 분배 노동
근대적 가치와 탈근대적(post-modern) 가치 <sup>1)</sup>	근대적 가치	탈근대적 가치
반공 이데올로기	유지	거부

주 1) 환경, 인종, 동물보호, 반핵 등 새로운 정치적 쟁점이 이에 해당

출처: 강원택.(2005). 「한국의 이념갈등과 진보·보수의 경계」를  
바탕으로 재구성

## 제 3 절 선행 실증연구

### 1. 해외의 선행연구

여기서는 초법규 모형 및 태도모형의 관점에서의 판결에 관한 해외의 연구를 살펴본다.

L.Baum(1992)은 초법규적 관점에서 판결과 의견의 변화를 연구하였다. 시민의 자유(표현의 자유, 종교의 자유, 평등권, 적법절차의 원칙)에 대한 우호적·비우호적·중도적 입장으로 구분한 법원의 결정 및 판사들의 의견을 측정하였다. 그 결과 시기별로 차이를 보임을 확인하였다. Warren Court 시기에는 시민의 자유(civil liberties)에 우호적인 결정이 25% 증가한 반면 Burger Court 기간에는 25% 감소하였다. 또한 이 연구는 판결의 변화를 법관 구성의 변화에 기인한 부분과 판사 개개인의 의견 변화에 기인한 부분으로 나누어 설명하고 있다. 한 기간에서 다른 기간 사이에 자유주의적 표결의 비율이 10%증가하였고 두 시기 모두에 참여한 판사들의 동 표결 증가가 이 중의 6%를 차지하고 있었다면 나머지 4%가 구성의 변화에 의한 부분이라고 설명한다.

태도모형을 중심으로 결정 성향 영향요인을 분석한 연구들은 요인을 크게 사회·인구학적 변인과 법관의 정치성향·가치관에서 찾고 있다.

먼저 정치적 이념에 주목한 연구로서 Cass R. Sunstein et. al(2006)은 낙태, 성소수자, 적극적 고용조치, 환경정책, 양형, 성차별 등 이념대립이 비교적 뚜렷한 23개의 법적 이슈에 대하여 법관이 정치성을 지니는지(Are judges political?)를 연구하였다. 이들은 “민주당 대통령에 의해 임명된 판사의 전체 의견(votes) 중 자유주의적 의견의 비율”과 “공화당 대통령에 의해 임명된 법관의 전체 의견 중에서 자유주의적 의견의 비율”을 비교하여 양 자간의 유의미한 차이가 있는지를 분석하였다.

Segal · Epstein · Cameron & Spaeth(1995)는 연방대법관의 이념적 가치관이 판결성향에 미치는 영향에 관하여 연구하였다. 시민적 기본권과 경제적 기본권 분야에서 각 연방대법관의 진보의견 표결의 비율을 통해

재판관의 판결성향을 측정하였다. 이를 통해 연방대법관의 이념적 가치관이 판결성향에 영향을 미치고 태도주의 모델에 부합함을 밝혔다.

Gibson(1978)은 선고(sentencing behavior)에 영향을 미치는 태도요인을 연구하였는데, 형사재판을 대상으로 하여 범죄의 양형(severity of criminal sentences)을 종속변수로 하였다. 독립변수로서 자유주의(liberalism)에 대한 태도를 측정하기 위해 ①정부의 경제 개입에 대한 입장 ②계급에 대한 믿음 ③사회에 대한 종교적 영향 ④스스로 자유주의자라고 믿는 정도를 측정하였으며 인터뷰를 통해 측정하였다.

인적 특성까지도 주목한 Tate(1981)는 1946년부터 1978년까지 재직한 연방대법관 25명의 개인적 속성이 결정 성향에 미치는 영향에 대하여 분석하였다. 시민적 기본권 재판(civil right and liberty decision)과 경제적 기본권 재판(economics decision)으로 나누어 각 분야에서 재판관의 출생, 양육, 교육, 경력, 나이, 정당 등 개인적 속성(독립변수)이 각각 진보적 의견의 표시비율(종속변수)에 미치는 영향을 회귀모형을 통해 분석하였다. 시민적 기본권 분야에서는 재판관이 이전에 판사 경력이 있는지, 린든 존슨 대통령에 의해 임명되었는지, 민주당원인지가 진보적 의견을 표시한 비율과 정의 관계가 있었으며 남부출신인지와 검사경력이 있는지는 종속변수와 부의 관계가 있었다. 경제적 기본권분야에서는 민주당원인지와 이전에 판사경력이 있는지, 명문대학교를 졸업했는지가 종속변수와 정의 관계를 검사 경력이 있는지와 트루 대통령에 의해 임명되었는지가 종속변수와 부의 관계를 보였다.

## 2. 국내의 선행연구

사법부 결정을 태도이론의 관점에서 분석한 국내의 연구는 많지 않으며 주로 헌법재판소를 대상으로 하고 있다.

박재형(2009)은 285개의 헌법재판소 판례(1998-2008)를 대상으로 하여, 재판관의 임명배경에 따라 판결 태도에 차이가 있는지를 분석하였다. 임

명배경의 경우 대통령, 대법원장, 국회(여당, 야당, 공동)로 분류하였고 재판관 각자의 의견을 확인하여 개혁적 의견은 -1, 중도적 의견은 0, 보수적 의견은 +1의 점수를 부여하여 재판관별로 평균을 구한 후 일원배치 분산분석(ANOVA)을 실시하는 방법을 사용하였다. 그 결과 재판관들의 임명배경에 따라 결정성향의 차이가 있음을 확인하였다. 특히 정치과정에서 정치세력들 사이에 첨예한 갈등을 일으킨 사건들의 경우 재판관들의 임명 배경에 따라 결정내용에서 차이가 나타나고 있었다.

이주한(2014)은 위헌법률심판을 대상으로 재판관의 정치적 성향이 헌법재판관의 의견 성향에 미치는 요인에 관하여 분석하였다. 먼저 종속변수인 의견성향에 대하여 ‘위헌성 의견’을 국민의 기본권을 넓게 판단하는 의견으로 보고 ‘합헌성 의견’은 국민의 기본권을 좁게 판단하는 의견으로 보아 각각을 1, 0으로 두었다. 독립변수인 재판관의 정치적 성향은 임명/선출/지명자의 정치적 성향을 대리변수로 하여 측정하였다. 재산권과 비재산권분야를 나누어 교차분석, 상관분석, 로지스틱 분석을 통해 결과를 도출하였고 재판관의 정치적 성향과 판결 성향 간에 유의미한 관계가 있음을 확인하였다.

헌법재판소 재판관의 판결성향을 분석한 연구로는 이미숙(2018)과 임지봉(2013-2017)의 연구가 있다. 이미숙(2018)은 자유권적 기본권과 관련한 3기 헌법재판소의 판결 성향을, 임지봉(2013-2017)은 헌법재판관 개인의 판결성향을 각각 분석하였다. 이들은 주요 판결을 분석하기 위한 정성적 분석 틀로서 ①사법적극주의와 소극주의 ②기존의 법질서에 변화를 주는지 여부 ③사회적·경제적 소수자 및 약자의 권리를 신장시키려는 입장인지 여부 ④ 재판관이 청구인의 기본권 보장을 확대(혹은 제한)하려는 입장인지를 사용하여, 사후적으로 판결성향을 분석하였다.

중앙일보-서울대(<https://news Joins.com/DigitalSpecial/330>) 공동 연구는 대법관 각각의 판결 성향을 점수화하여 분석하였다. 다수의 다른 대법관이 내린 결론과 상반된 소수 의견을 많이 낼수록 진보로 분류되는 ‘다자간 상대적 위치 분석’ 방식을 사용하였다. 다수의견과 결론은 같으나 논거를 달리하는 별개의견을 별도의 가중치로 두어 각 대법관 개인의 평



균 의견성향을 (-)2~(+)2까지의 값으로 산출하였다. 이 방식에 의하면 이용훈(0.02), 양승태(0.19), 김명수(0.12) 등 전현직 대법원장 3명은 모두 극히 중도에 가까운 보수로 나타나는데 이는 대법원장이 전원합의체 판결에서 가장 마지막에 의견을 표명하기 때문인 것으로 보인다. 연구 결과, 각 대법관의 사후적 이념 성향은 노무현 정부에서 가장 다양하게 분포하고 있는 것으로 나타났다.

### 3. 선행연구의 한계

첫째, 정책행위자로서 사법부가 가지는 위상과 중요성에도 불구하고 우리나라의 경우 사법부 결정을 법 외적 관점에서 접근한 연구가 많지 않다. 특히 태도모형에 입각하여 판결의 영향요인을 규명한 연구들은 모두 헌법재판소의 위헌법률심판을 대상으로 하고 있어 헌법재판소가 아닌 대법원 판결을 대상으로 한 연구는 극히 드문 편이었다고 할 수 있다. 본 연구에서는 전원합의체 판결을 중심으로 사법부 결정의 이념적 성향을 시기별 정책분야별로 살펴본다는 데 의의가 있다.

둘째, 선행연구를 통해 볼 때, 초법규적 관점에서 우리나라 판결의 내용적 성향을 분류할 수 있는 틀이 미흡하다. 미국 연방대법원 웹사이트(<http://scdb.wustl.edu>)에서 판결의 이념을 변수화한 데이터들을 제공하고 있는 데 반하여 우리나라의 경우 가공된 데이터가 존재하지 않는다. 헌법재판소 위헌법률심판을 대상으로 한 선행연구는 위헌의견과 합헌의견이라는 기준을 사용하여 다수의 판결에 대한 데이터화가 가능했지만 대법원 판결의 경우 판결 내용에 대한 코드화의 기준이 부재하다. 대법원 전원합의체 판결을 대상으로 한 중앙일보-서울대 공동연구의 경우 ‘다수의견-보수’, ‘소수의견-진보’라는 형식적인 기준을 바탕으로 하고 있어 판결 내용에 대한 분석은 이루어지지 않은 한계가 있고, 대상 기간의 모든 전원합의체 판결을 분석대상으로 하여 이념적 분류가 적절하지 않은 판결도 포함되어 이념성향이 산출되는 문제가 있었다. 본 연구는 판

결의 성향과 의견 성향을 분석할 수 있는 이념적 기준을 미국과 정치학의 연구를 참고하여 구성하여 판결 분류를 시도하였다.

셋째, 선행연구들은 판사의 임명 특성이 판결에 미치는 영향에 대해 초점을 둔 경우가 대부분이었으나 본 연구는 인적 특성에 대해서도 주목하였다. 이는 ‘서울대, 50대, 남성, 법관출신’이라는 우리나라의 획일화된 대법관 구성이 가져오는 결과를 실증적으로 살펴볼 수 있다는 데 의의가 있다.

## 제 4 장 연구 설계

### 제 1 절 연구 문제와 분석 틀

본 연구는 정책 행위자로서 대법원이 어떠한 정치적 성격을 보여 왔는지, 즉 대법원의 이념적 양태를 분석하는 것을 목적으로 한다. 이를 위하여 다음과 같은 연구문제들을 선정한다.

**연구문제1.** 2006년-2018년의 전원합의체 판결에서 시기별·정책 분야별 보수와 진보 이념에 따른 의견 대립 양상은 어떻게 나타나고 있으며 이를 통해 본 우리나라 사법부의 이념적 지형은 어떠한가

연구문제1은 연구문제2의 분석의 전제로서의 성격을 지니며, 이를 통해 이념 대립 양상을 확인하고 분석 대상이 된 쟁점의 분류 결과를 제시하고자 한다. 앞서 지적한 바와 같이 사법부는 주요 정책 행위자로서 정치과정과 정책 시스템의 일부를 구성하고 있지만, 그동안 학계에서 사법부의 결정은 주로 법 텍스트에 의존하여 법리적 측면에서 연구되어 온 경향이 있다. 그러나 사법부의 양태를 정책학적으로 유의미하게 규명하기 위해서는 초법규적 관점에서 정치적 양상에 주목할 필요가 있는데 이는 헌법상 민주주의의 원리와 공정한 재판을 받을 권리(헌법 제27조)가 사법부에 대하여 사회 각계각층의 다양한 가치를 대변할 것과 불편부당성을 요구하기 때문이다.<sup>16)</sup> 이는 현실에서 제기되는 사법부의 이념적 편향에 대한 비판과도 맞닿아 있다고 할 수 있으며, 본 연구문제1은 대법원장 시기별·분야별 이념적 위치(stance)를 수치화하여 이를 경험적으로

---

16) 사법의 독립은 그 자체가 목적이 아닌, 다른 목적을 위한 수단으로서의 성격을 가진다. 그리고 이때의 “다른 목적”이란 사법의 불편부당성을 의미한다. 법과 사법적 양심이 아닌 다른 요소들이 사법과정을 오염시키는 것을 방지하는 것이 사법의 독립이 추구하는 종국적인 목적인 것이다.(G. Griffith, 1998:12, 한상희, 2012 재인용) 그것은 법관이나 법원의 권리가 아니라 불편부당한 재판을 받기를 원하는 인민의 권리이며 인민을 보호하기 위한 장치이다. 따라서 그것은 A. Mason의 말처럼 민주주의의 기본적 구성요소가 되는 것이다(한상희, 2012).

규명하는 의미를 지닌다고 할 수 있다.

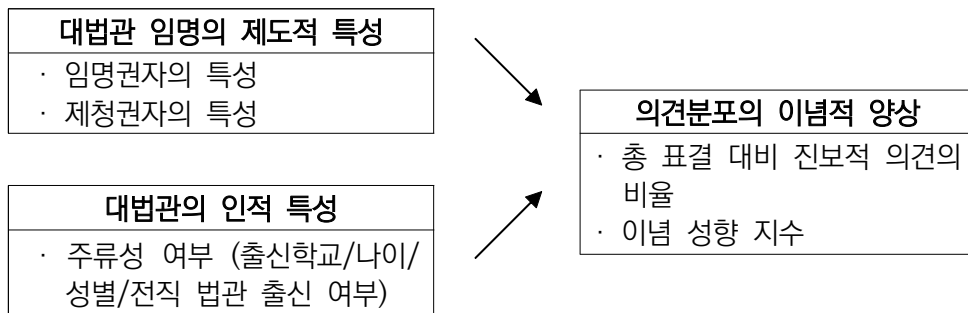
**연구문제2.** 대법관 구성 특성요인이 의견성향의 차이를 가져오는가, 즉 대법관의 특성에 따라 의견분포의 이념적 양상에 차이가 있는가

- 2-1. 임명권자의 정치적 특성에 따라 의견성향의 차이가 있는가
- 2-2. 제청권자 특성에 따라 의견성향의 차이가 있는가
- 2-3. 주류적 특성인지 여부에 따라 의견성향의 차이가 있는가

연구문제2에서는 사법부의 이념적 성향의 영향요인으로서 법관이라는 행위자에 주목하고자 한다. 연구문제1에서, 대법원장 시기별 대법원 판결의 이념적 지형의 차이가 확인된다면 이는 대법관의 구성이 달라지고 있기 때문이라는 추론이 가능하다. 연구문제1에서 살펴본 사법부 결정의 이념적 성향을, 연구문제2에서는 대법관 구성의 관점에서 논의한다.

대법관 특성에 따라 판결에서 의견 성향이 달라지는가를 검토하기 위하여, 대법관의 특성 요인을 크게 임명권자 특성, 제청권자 특성 및 인적 특성의 세 가지 관점에서 조명하고자 한다.

[그림 4-1] 연구의 분석 틀



임명권자 특성과 제청권자 특성을 고려하는 이유는 대법관의 구성을 위한 제도와 절차적 요인이 사법부 결정의 이념적 양상에 영향을 미치는지를 판단하기 위함이다. 임명권자의 경우 노태우·김영삼·이명박·박근혜 대통령은 보수로, 김대중·노무현·문재인 대통령은 진보로 파악한

다. 또한 대법관의 경우 제청한 대법원장을 임명한 대통령의 정치성향에 따라 ‘당해 대법관을 제청한 대법원장’을 임명한 대통령이 노태우·김영삼·이명박·박근혜 대통령이면 보수로 파악하고, 김대중·노무현·문재인 대통령이면 진보적 성향으로 파악한다. 제청권자의 특성을 아울러 살펴보는 이유는 2장 - 대법관 임명 절차 - 에서 논의한 바와 같이 대법관 임명 시 제도적으로 대법원장의 영향력이 강력하게 작용하는 우리나라의 특수한 상황을 고려하기 위함이다.

인적 특성을 살펴보는 이유는 ‘서울대, 50대, 남성, 법관 출신’으로 지적되는 우리나라 대법관 인적 구성의 획일적 특성이 대법관 구성 다양화 요청의 주된 현실적 배경이 되고 있어, 이를 경험적으로 살펴보기 위함이다. 대법관 구성의 인적 획일성이 대법원의 보수화를 초래한다는 세간의 주장에 대하여, 구성의 인적 특성이 판결에 실제로 영향을 미치고 있는지 경험적으로 분석하는 것은 대법관 구성과 관련해서 시사점을 줄 수 있을 것이다.

요컨대, 법리적 판단 결과로서의 대법원 판결보다 이념적 판단 결과로서의 대법원 판결을 검토하여, 정책 행위자로서 대법원이 어떠한 정치적 이념적 양태를 보이는지와 더불어 이를 설명할 수 있는 요인들 중, 대법관의 구성 특성의 문제가 어느 정도 설명력이 있는지를 탐구한다. 이를 통해 대법관 구성에 있어서 시사점을 찾고자 한다.

## 제 2 절 이념적 성향 분류 기준과 측정

### 1. 분석 기준

L. Baum(2017:192)은 해당 사건에 있어서의 판사들의 이념적 위치(ideological positions)가 특정한 기준(specified rules)에 따라 분류된 의견(vote)을 통해 분석될 수 있다고 보았다.

본 연구에서는, 선행연구에서 검토한 미국 연방대법원의 데이터베이스(<http://scdb.wustl.edu/documentation.php?var=decisionDirection>)의 분류 방식을 참조하고, Bailey(2012)와 임지봉(2013)의 연구, 참여연대의 판례 평가 기준(참여연대 이슈리포트, 2011)과 강원택(2005)의 이념에 관한 네 가지 차원의 논의를 토대로 분석 기준을 수립하였다. 정책 분야별로 분석이 의미가 있도록 하기 위해 본 연구에서는 판결을 영역별로 구분하여 분석을 시도하였다. 사회·문화, 경제활동 및 노동·환경, 국가보안법·과거사·정치·기타가 이에 해당하며 기준은 [표 4-1]와 같다.

[표 4-1] 판결의 진보적 의견 분석 기준

분야	진보적 의견 판단 기준의 조작적 정의
사회·문화 영역의 시민의 권리 관련 사건	<ul style="list-style-type: none"> <li>① 전통적 가치를 내포한 국가, 종교, 가족제도 등에 보다 많은 가치를 부여하기보다 개인의 자유를 더 존중하는 견해(권위에 대한 존중과 체제유지를 강조하는 입장과 대조)</li> <li>② 소수자 및 사회적 약자(성 소수자, 여성, 아동, 노인, 장애인, 외국인 근로자, 다문화가정 등 취약계층 등) 옹호</li> <li>③ 언론·표현의 자유, 국민의 알 권리 등 시민자유·기본권 또는 시민권리 청구인 옹호(기본권 제한 사유의 엄격성과 구체성 강조, 사회변화에 부응한 기본권의 확장 해석 등)</li> <li>④ 기존의 법질서와 법 체제의 변화를 적극적으로 수용하려는 태도(기존의 법질서와 체제를 유지하려는 입장과 대조)</li> <li>⑤ 기소된 자 옹호(사회적 질서 및 범죄예방을 위한 엄벌을 선호하는 보수적 입장과 대조)</li> </ul>
경제활동·노동 사건	<ul style="list-style-type: none"> <li>① 자유 시장에 대한 간섭과 사회·경제적 약자를 보호하기 위한 보다 많은 국가의 간섭과 개입을 지지하는 견해</li> <li>② 경제적 약자(극빈자, 채무자, 파산자, 소비자, 중소기업 등) 옹호</li> <li>③ 경제의 균형적 발전, 불평등한 경제구조의 개선을 지지</li> <li>④ 노동3권에 대한 실질적 보호 강조, 노동자(노조)의 경제적 지위 보호를 강조하는 입장 등</li> </ul>
환경	<ul style="list-style-type: none"> <li>① 환경가치 및 환경보호 옹호(국책사업·개발논리 강조하는 입장과 대조)</li> <li>② 환경권 인정 대상 확대(환경권에 대한 원고적격 및 보호 범위 등 관련)</li> </ul>
국가보안법 ·과거사· 기타	<ul style="list-style-type: none"> <li>① 국가보안법 조항의 엄격한 해석</li> <li>② 사법권한의 행사 및 사법적극주의 옹호</li> <li>③ 지방자치·분권 강조</li> <li>④ 교육의 공공성 강조(사립학교의 자율성을 강조하는 입장과 대조)</li> <li>⑤ 과거사 정리 적극</li> <li>⑥ 의회 내에서 진보정당의 입장</li> </ul>

각각의 판결에 나타난 쟁점별 의견에 대하여 진보(-1), 보수(+1), 중도(0) 세 가지의 범주적 변수로 분류한다. [표 4-1]의 기준을 지지하면 진보(-1), 그렇지 않으면 보수(+1)로 분류한다. 중도의 경우, 의견을 이분법적으로 구분하기 어려운 경우(moderate)(가령, 다수의견이 종전해석을 변경하여 다수 문헌에 의할 때 진보적으로 평가되지만 당해 판결에서 [표 4-1]의 분석 기준에 따를 때 소수의견과 비교하여 보수적으로 평가되는 경우 등)뿐 아니라 해당 쟁점에 대해 명시적인 의견을 표시하지 않은 경우(unspecifiable or ambiguous)도 포함한다.

## 2. 이념성향의 측정

이념의 성향은 결국 사안별로 기준에 따라 분류되어 축적된 표결의 패턴의 산물(product of voting patterns)로 정의될 수 있다(L. Baum, 2017:192). Cass R. Sunstein et. al(2006)은 총 표결 대비 진보적 표결의 비율이라는 변수를 통해 이를 의견성향의 이념을 측정하였는데, 본 연구에서도 동 변수로 이념성향을 측정하고자 한다.

다만, 동 변수는 부호를 구분하지 않아, 수치 해석 시 이념성향을 절대수치로 파악하기 어렵고 중도적 의견이 존재하는 경우에도 이를 고려하지 못하는 한계가 있어 본 연구에서는 새로운 지수를 고안하여 함께 분석하였다. 본 연구에서 사용하는 이념 성향 지수(Justice's ideology, JI)의 경우 이념성향이 부호화되고 중도적 표결의 존재 여부에 따라 결과 값이 달라져 수치상으로 중도적 의견이 고려되는 장점이 있다. 이념 성향 지수는 진보, 중도, 보수를 각각 -1, 0, 1의 가중치로 고려한 '평균 값' 과 수치적으로 동일하다.



## 1) 총 의견 수 대비 진보적 의견의 비율

$$\text{진보적 표결의 비율} = \frac{\text{진보적 표결의 수}}{\text{총 참여 표결 수}}$$

분석 대상 쟁점 혹은 대법관들의 총 참여 표결 수를 대상으로 ‘총 표결 수 대비 진보적 의견으로 분류되는 표결 수(proportions of liberal votes)’를 측정한다.

## 2) 이념 성향 지수

우리나라의 경우 아직까지 사법부 판결을 분석단위로 하여 이념성향을 분석한 연구가 부재하다. 미국의 경우 연방대법원에서 축적된 데이터가 제공되고 있어 전체 판결 대비 진보적 판결의 수의 추이를 분석하는 것 자체만으로 의미 있는 결과를 얻을 수 있으나 본 연구의 경우 전원합의체라는 한정된 판결을 분석 대상으로 하고 있으므로 이러한 방식으로 는 사법부의 이념성향을 유의미하게 파악하기 어렵다.

J. A. Segal & A. D. Cover(1989)는 판사의 성향을 알 수 있는 신문 사설(newspaper editorials)을 대상으로 판사의 이념성향(Justice's ideology)을 측정하는 지수로서  $Jl=(\text{liberal-conservative})/(\text{liberal} + \text{moderate} + \text{conservative})$ 를 활용한 바 있다.<sup>17)</sup>

김덕준(2002)은 전원합의체 판결을 대상으로 합의지수를 도출한 바 있는데 여기서 합의지수는  $I = (X-Y)/X$  로써 X는 판결에 참여한 대법관의 총 수, Y는 소수의견을 제시한 대법관의 총 수를 의미한다. 본 연구에서는 판결의 이념성향을 분석하기 위해 J. A. Segal & A. D. Cover(1989)의 방식을 참조하고 합의지수를 응용하여, -1에서 1까지의 값을 가지도록 이념성향을 지수화 하였다. 동 지수는 판결(쟁점)을 분석단위로 할 경우 대법관 수

17) J. A. Segal & A. D. Cover. (1989). "Ideological values and the votes of U.S. Supreme Court Justices", American Political Science Review, Vol.83, pp.557-564

를 대입함으로써, 대법관을 분석 단위로 할 경우 표결 수를 대입함으로써 도출된다.

$$\text{이념지수 } JI = \frac{C-L}{X} \quad (X = C+M+L, -1 \leq JI \leq 1)$$

(단,  $C$ 는 보수적 표결 수,  $M$ 은 중도적 표결 수,  $L$ 은 진보적 표결 수,  $X$ 는 분석 대상 총 표결 수를 의미한다)

[표 4-2] 측정 변수 비교

	이념성향 지수(JI)	합의지수(김덕준, 2002)
이념 성향의 측정	$\text{이념지수 } JI = \frac{C-L}{X}$ $X = C+M+L, -1 \leq JI \leq 1$ <p>(단, <math>C</math>는 보수적 표결 수, <math>M</math>은 중도적 표결 수, <math>L</math>은 진보적 표결 수, <math>X</math>는 분석 대상 총 표결 수를 의미한다)</p>	$\text{합의지수} = \frac{X-Y}{X}$ <p>(단, <math>X</math>는 판결에 참여한 대법관 총 수, <math>Y</math>는 소수의견 제시 대법관 수)</p>

## 제 3 절 분석 대상 및 방법

### 1. 분석 대상 판결의 선정

본 연구는 2006년부터 2018년까지의 전원합의체 판결과 결정 236건을 분석 대상으로 하되, 법관 간의 의견이 결론에 있어서 일치하는 경우(106건)는 1차적으로 분석대상에서 제외하였다. 그에 따라 소수의견으로서 별개의견만이 개진된 판결의 경우도, 결론에 있어서는 법관의 의견이 일치하므로 분석 대상에서 제외하였다. 법관 간의 의견이 일치된 판결을 분석대상에서 제외한 이유는, 그것이 설령 이념적 가치판단의 문제를 수반하고 있다고 하더라도 법리적 측면에서 혹은 사회 환경의 변화 차원에서 하나의 결론이 내려지는 것이 보다 적절하여 연구자에 의해 진보와 보수로 분류되는 것이 자칫 자의적일 수 있게 될 염려가 있기 때문이다.<sup>18)</sup>

그러나, 만장일치 판결이라 하더라도, 원심판결과 입장을 달리하면서 본 연구의 분석 기준에 따라 다수의 문헌과 언론보도, 시민단체의 입장문 등에 의해 공통적으로 이념적으로 비평·평가되고 있는 경우 분석 대상에 포함하였다. 원심이 파기되는 경우는 하나의 동일한 사건에서 상·하급심 판사들 사이에 견해차이가 나타난 것으로 볼 수 있으므로 의견의 상대적 위치에 따라 진보와 보수의 구분이 가능하다. 그러한 판결로는 긴급조치 위반사건(2010도5986), 제주지사 압수수색 사건(2007도3061), 조국통일범민족연합 사건(2003도758), 조봉암 사건(2008재도11), 송두율 교수사건(2004도4899), 키코 사건(2013다53683 외), 국정원 댓글사건(2015도2625)이 포함되었다. 이러한 판결을 만장일치라는 이유만으로 제외하게 되면 사법부의 이념적 양태를 제대로 파악할 수 없을 것이다.

---

18) 이와 유사하게 Cass R. Sunstein et. al(2006)은 낙태, 성소수자, 적극적 고용조치, 환경정책, 양형, 성차별 등 이념대립이 비교적 뚜렷한 23개의 법적 이슈를 선정하여 연구를 진행하였으며 Baum Lawrence(2017)도 비만장일치(non-unanimous) 사건만을 연구 대상으로 하여, 그 중에서도 이념적 분석기준에 따라 분류가 가능한 사건만을 포함하였다.

이와 같이 본 연구에서는 기본적으로 결론에 있어서 법관 간 견해의 대립이 존재하는 판결, 즉 반대의견이 존재하는 판결을 대상으로 하여 본 연구의 분석 틀에 의해 이념적으로 분류하는 것이 가능하고도 유의미한 쟁점을 포함하고 있는 판결을 선정하였다. 이에 따라 관할법원의 문제, 법적성질, 쟁송형태, 손해배상청구권 소멸시효 기산점, 행정처분성, 소의형태, 처분인지 여부 등을 주 쟁점으로 하는 판결은 제외되었다. 분야의 특수성을 고려하여 특수 분야인 세무행정(조세)사건과 특허사건도 제외하였다. 형사사건의 경우 피고인의 인권을 더 중시하는지에 따라 진보와 보수로 견해를 구분하는 것이 일반적이나, 본 연구의 주된 목적이 형사사건에서의 법관의 의견 성향을 연구하고자 하는 데 있지 않으므로<sup>19)</sup> 일단 제외하되, 외형상 형사사건이라고 하더라도 다음의 기준에 해당하는 경우 분석 대상에 포함시켰다. 첫째, 표현의 자유 혹은 여성, 아동과 청소년의 권리를 상대적으로 더 옹호하는지에 따라 견해가 달라진 것으로 볼 수 있는 쟁점을 포함하는 사건으로 전교조 시국선언 사건, 아내 강간 사건, 13세미만 미성년자 강간 사건이 이에 해당한다. 둘째, 피고인이 소수자·언론·근로자·대기업인 경우로 양심적 병역거부 사건, X파일 사건, 파업 업무방해죄 사건, 삼성에버랜드 사건이 이에 해당한다. 셋째, 국가보안법 위반이 문제된 사건이나 과거사 분야로 분류되는 사건으로 송두율 교수 사건, 남북공동선언 실천연대 사건, 조봉암 사건, 긴급조치 위반 사건 등이 이에 해당한다. 넷째, 유무죄에 대한 판단이 정당의 입장 차이로 나타나고 있는 정치권력형 비리 사건으로 한명숙 정치자금법 위반 사건, 원세훈 전 국정원장의 댓글사건이 이에 해당한다. 다섯째, 적법절차와 형사 사법적 이념에 있어서 과거로부터 중요하게 논의되어 온 쟁점을 포함하고 있는 사건으로, 공소장 일본주의 위배여부가

19) 2006년에서 2018년까지의 전원합의체 판결·결정 중 형사사건은 판결 59건, 결정 10건으로 총 69건이 존재하였고, 주로 형법, 특별법상의 형벌법규와 형사소송법 조항의 해석이 문제되고 있었다. 선행연구에 의하면 형사사건은 피고인의 인권을 중시하는지에 따라 이념 위치 분류가 이루어지고 있으나 본 연구는 동 분류를 목적으로 하지 않을 뿐만 아니라 모든 형사사건에 대하여 해당 기준을 적용하여 분석을 시도할 경우 우리나라의 정치사회적 특수한 상황을 반영하지 못하는 문제가 있어 형사사건을 우선 분석 대상에서 제외하되 [표 4-1]의 분석 기준에 따라 선별적으로 분석대상에 포함하였다.

문제된 사건(2009도7436)과 위법하게 수집한 증거의 효력이 다투어진 제주지사 압수수색 사건(2007도3061), 사형을 선고한 원심에 대해 견해가 나뉜 고성 군부대 총기 난사사건(2015도12980)이 이에 해당한다.

판결을 선정함에 있어 연구자의 주관을 최소화하고 공정성과 객관성을 확보하기 위하여 선행자료와 문헌을 충실히 검토하였다. 참고가 된 문헌은 사법정책연구원(2017)의 “대법원 판결과 사회변화”, 대법원 보도자료<sup>20)</sup>, 김영란(2015)의 “판결을 다시 생각한다”, 한겨레21(2018)의 “올해의 판결”, 권석천(2017)의 “대법원 이의 있습니다”, 이춘재 외(2013)의 “기울어진 저울”, 참여연대(2011)의 “이용훈 전 대법원장 재임 기간 중 대법원 판결 평가”, 참여연대 사법감시센터(<https://www.peoplepower21.org/Judiciary>)의 판결비평 자료 및 해당 판결을 대상으로 한 법학 학술 논문 등이며 이를 기초로 하여 60건의 판결을 선정하였다.

[표 4-3] 분석 대상 판결

	전원합의체 판결·결정 수(A)	전원일치 판결(B) (별개의견만 개진된 판결 포함)	비전원일치 판결(A-B)	분석 대상
2006	15	7	8	3
2007	18	11	7	6
2008	15	9	6	4
2009	17	9	8	4
2010	14	9	5	4
2011	17	6	11	7
2012	29	16	13	4
2013	22	11	11	7
2014	14	4	10	1
2015	25	10	15	8
2016	13	2	11	5
2017	16	8	8	1
2018	21	4	17	6
합계	236	106	130	60

분석 대상 판결을 분야별로 분류하여 나타내면 [표 4-4]와 같다.

20) <https://www.scourt.go.kr/supreme/news>

[표 4-4] 대상 판결의 분류

분야	분석 대상 판례
사회·문화 영역	<p>성전환자 호적 정정 사건(대법원 2006. 6. 22. 자 2004스42)</p> <p>변리사법 상대평가 환원 사건(대법원 2006. 11. 16. 선고 2003두 12899)</p> <p>제주지사실 압수수색사건(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061)</p> <p>유체인도 사건(대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670)</p> <p>김할머니 사건(대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417)</p> <p>공직선거법위반 등 사건(대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436)</p> <p>13세 미만 미성년자 강간 사건(대법원 2009. 11. 19. 선고 2009도 6058)</p> <p>사립학교 종교교육 사건(대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288)</p> <p>X파일 불법감청·녹음사건(대법원 2011. 3. 17. 선고 2006도8839)</p> <p>성전환자 성별정정사건(대법원 2011. 9. 2. 자 2009스117)</p> <p>PD수첩 사건(대법원 2011. 9. 2. 선고 2009다52649)</p> <p>전교조 시국선언 사건(대법원 2012. 4. 19. 선고 2010도6388)</p> <p>자살한 군인에 대한 국가유공자 인정 여부 사건(대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27363)</p> <p>아내강간사건(대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788, 2012전도252)</p> <p>이주노동자 노조 합법화 사건(대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995)</p> <p>국립대 기성회비 사건(2015. 6. 25. 선고 2014다5531)</p> <p>고성군부대 총기난사사건(대법원 2016. 2. 19. 선고 2015도12980)</p> <p>학교안전법 시행령 조항의 효력에 관한 사건(대법원 2016. 10. 19. 선고 2016다208389)</p> <p>분묘기지권의 취득시효에 관한 사건(대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다 17292)</p> <p>강제전역처분등 취소(대법원 2018. 3. 22. 선고 2012두26401)</p> <p>양심적 병역거부(대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 )</p>
경제활동· 노동·환경	<p>대여금 반환 사건(대법원 2007. 2. 15. 선고 2004다50426)</p> <p>출퇴근 업무상재해 사건(대법원 2007. 9. 28. 선고 2005두12572)</p> <p>포스코열연코일 공급거절사건(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626)</p> <p>휴업급여부지급처분취소(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두2173)</p> <p>삼성 에버랜드 사건(대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949)</p> <p>퇴직금분할지급약정 사건(대법원 2010. 5. 20. 선고 2007다90760)</p> <p>건축신고불가취소 사건(대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954)</p> <p>파업으로 인한 업무방해 사건(대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482)</p>

	임의비급여 진료행위 사건(대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두 27639,27646) 키코(KIKO)사건(대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다1146·1153 2013다 26746 2011다53683·53690, 2012다13637) <sup>1)</sup> 통상임금 사건(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399) 강원랜드 카지노 이용자의 손해배상청구 사건(2014. 8. 21. 선고 2010다92438) 장해보상연금 개시일자결정처분취소(대법원 2015. 4. 16. 선고 2012두 26142) 대형마트 규제사건(대법원 2015. 11. 19. 선고 2015두295) 노동조합의 조직형태 변경 사건(대법원 2016. 2. 19. 선고 2012다 96120) 연장근로에 따른 가산임금 중복지급 청구 사건(대법원 2018. 6. 21. 선고 2011다112391)
	새만금사건 (대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330) 4대강 집행정지 사건(대법원 2011. 4. 21. 자 2010무111) 제주 강정마을 사건(대법원 2012. 7. 5. 선고 2011두19239) 자기 소유 토지에 토양오염을 유발하고 폐기물을 매립한 자의 불법행위책 임 성립여부 사건(대법원 2016. 5. 19. 선고 2009다66549)
국가 보안법· 과거사· 정치·기타	울산북구청승진처분취소(대법원 2007. 3. 22. 선고 2005추62) 상지학원 임시이사사건(대법원 2007. 5. 17. 선고 2006다19054) 조국통일범민족연합(범민련) 사건(대법원 2008. 4. 17. 선고 2003도 758) A교수 사건(대법원 2008. 4. 17. 선고 2004도4899) 남북공동선언실천연대 사건(대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189) 긴급조치위반 사건(대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986) 조봉암 사건(대법원 2011. 1. 20. 선고 2008재도11) 진도군 민간인 희생사건(대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819) 문인 간첩단 사건(대법원 2015. 1. 22. 선고 2012다204365) 이석기 등 내란음모 사건(대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978) 국정원 댓글 사건(대법원 2015. 7. 16. 선고 2015도2625) 한명숙 정치자금법 위반 사건(대법원 2015. 08. 20. 선고 2013도 11650) 조례안재의결무효확인(대법원 2016. 9. 22. 선고 2014추521) 국정원 댓글 사건(대법원 2018. 4. 19. 선고 2017도14322) 일제강제동원피해자 손해배상(대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다

	61381) 정치적 표현에 의한 명예훼손 불법행위책임 사건(대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다61654)
--	---

주 1) KIKO사건의 경우 동일한 선고일에 당사자를 달리하는 4개의 전원합의체 판결에서 유사한 결론이 내려지고 있어, 분석 시 한 개의 쟁점으로 처리하였다.

## 2. 분석 단위 및 유목

본 연구의 구체적인 분석 단위는 대한민국 법원 종합법률정보(glaw.scourt.go.kr)를 통해 검색한 판결문에 나타난 ‘의견’이다. 대법원 재판서(裁判書)에는 합의에 관여한 모든 대법관의 의견을 표시하도록 되어 있다(법원조직법 제15조). 전원합의체 판결문에는 기본적으로 결론을 달리하는 다수의견과 반대의견이 양 축으로 표시되며 경우에 따라 별개의견, 보충의견 등이 추가로 표기되기도 한다. 별개의견과 보충의견은 일부 논거를 달리하거나 보충할 뿐 결론에 있어서 법정의견(다수의견)과 동일하게 분류되므로 본 연구는 ‘다수의견’과 ‘반대의견’으로 의견을 이분화하였다. 다만, 외형상 만장일치 판결임에도 불구하고 이념적 분석의 필요성에 의해 본 연구의 대상이 된 만장일치 전원합의체 판결 7건은, 이론상 반대의견이 존재하지 않는바 판결 주문이 분석 단위이며 파기된 원심 판결을 이념적 판단의 비교 준거 대상으로 하였다.

의견을 기준에 따라 분류하기 위해서는 다수의견과 반대의견이 결론을 달리하게 된 핵심 쟁점을 찾는 작업이 필요하다. 원 판결문에 게재된 【이유(理由)】 중 법정의견의 ‘결론’ 부분에는 상고 이유 중 대법관 간의 의견이 불일치하는 이유가 명기되어 있고, 전자화된 판결문(glaw.scourt.go.kr)에는 이러한 이유가 판시사항 및 판결요지를 통해 요약·정리되어 제공되고 있어 분석 텍스트를 확정할 수 있었다.

이와 같은 작업을 통해 60개의 대상 판결에 대하여 총 66개의 쟁점을 추출하였다. 대상 판결 수보다 논점의 수가 많은 이유는, 판결에 따라 복수의 쟁점을 포함하고 있는 경우가 있기 때문이다.<sup>21)</sup> 복수의 쟁점을



내포하고 있는 판결은 PD수첩사건, 사립학교 종교교육 사건, 남북공동선언 실천연대 사건 등이며 이 경우 대상 쟁점들을 각각 코드화하였다.

실제 코딩표의 양식은 아래와 같다. 연구자의 시각에 따라 이념적 분류가 모호하거나 적절하지 않은 것으로 간주되는 경우가 있을 수 있어 ‘이념 분류’ 유무를 두어 이념적 분류가 적절한 경우(ideologically applicable=1)와 이념적 분류가 적절하지 않은 경우(not applicable=0)를 별도의 항목으로 코딩하였다. 의견 유무의 경우, [표 4-1] 기준의 지지 여부에 따라 진보(-1), 보수(+1), 중도/모호(0)로 코드화하였으며, 분류 시 연구자의 주관을 최소화하기 위해 각 판결에 대하여 선행자료와 문헌을 충실히 검토하였다. 사법정책연구원(2017)의 “대법원 판결과 사회변화”, 대법원 보도자료<sup>22)</sup>, 김영란(2015)의 “판결을 다시 생각한다”, 한겨레21(2018)의 “올해의 판결”, 권석천(2017)의 “대법원 이의 있습니다”, 이춘재 외(2013)의 “기울어진 저울”, 참여연대(2011)의 “이용훈 전 대법원장 재임기간 중 대법원 판결 평가”, 참여연대 사법감시센터(<https://www.peoplepower21.org/Judiciary>)의 판결비평 자료 및 해당 판결을 대상으로 한 학술지의 판례 평석 논문, 언론 기사, 단행본을 참고하여 작업을 진행하였다.

[표 4-5] 코딩표 양식

사건명 (판례번호)	대상 쟁점	이념 분류	분야	다수의견 (법정의견)	반대의견
		0,1	A~D	-1, 0, 1	1, 0, -1

21) 가령 사립학교 종교교육 사건(2008다38288)의 경우 피고 대광학원에 대한 상고 이유 중 ‘종교교육의 위법 여부에 대한 판단’과 ‘징계처분으로 인한 손해배상청구에 대한 판단’ 각각에 대해 의견이 대립하고 있다. 미국의 선행연구와 연방대법원 데이터 또한 동일 사건 내에서 쟁점 별로 법관의 의견이 상이하게 분포하는 경우 복수 쟁점을 각각 코드화하는 방식을 취하고 있어 이러한 방식을 따랐다.(L. Baum, 2017:207, <http://scdb.wustl.edu/documentation.php?var=decisionDirection>)

22) <https://www.scourt.go.kr/supreme/news>

## 제 4 절 신뢰도 검정

본 연구에서는 신뢰성을 확보하기 위해 다른 연구자와 함께 예비조사(pretest) 단계를 거쳤다. 코더 간 신뢰도(intercoder reliability)는 홀스티(Holsti, 1969) 계수를 통하여 측정하였다.

$$\text{코더 간 신뢰도} = \frac{2M}{M1 + M2}$$

(M은 코더 간 일치한 개수, N1은 코더 1이 코딩한 수, N2는 코더2가 코딩한 수)

본 연구의 분석 대상이 된 66개의 쟁점 138개의 의견 중 각각 45.5%, 50.0%에 해당하는 30개의 쟁점 69개의 의견에 대하여 다른 한 명의 코더와 각각 코딩을 한 후 일치도를 측정한 결과 이념 분류의 경우, 96.67%, 분야의 경우 83.3%,<sup>23)</sup> 의견 성향의 경우 94.2%의 높은 일치도를 보여주었다.

---

23) ‘분야’에서 상대적으로 낮은 일치도를 보인 것은 PD수첩 사건, 전교조 시국선언 사건, 삼성 X파일 사건 등 일부의 경우 사회문화 분야의 기준으로 분류할 수도, 정치적 사건으로 분류할 수도 있기 때문이다.

## 제 5 장 분석 결과

### 제 1 절 사법부 결정의 이념 대립 양상

2006년부터 2018년까지의 전원합의체 판결 236건 중 비(非) 전원일치 판결은 55.1%인 130건이며 본 연구에서 수립한 기준에 따라 이념 분류가 가능한 판결은 60건이다. 본 절에서는 각 분야 별로 진보와 보수 이념에 따른 의견 대립의 양상이 구체적으로 판결에서 어떻게 나타나고 있는지를 살펴본다. 본 연구의 분석 대상인 60개의 판결 내에서 의견이 대립하고 있는 66개의 개별 쟁점에 따른 것이다.

#### 1. 사회·문화 분야

2006년부터 2018년까지의 비(非) 만장일치(non-unanimous)의 전원합의체 판결 130건 중 본 연구의 분석 대상이 된 사회·문화 분야 사건은 총 21건으로 25개의 세부 쟁점을 포함한다.

사회·문화영역의 분쟁은 주로 국가와 관습·전통, 학교 등과 권리를 청구한 개인 간의 대립 구도로 나타났다. 쟁점상 자유권적 기본권(표현의 자유, 종교의 자유, 환자의 자기결정권 등)이 문제되거나 사회적 약자(성 소수자, 여성, 외국인 근로자 등)를 한쪽 당사자로 하는 경우 등이 주로 이에 해당하였다.

주요 판결의 쟁점과 의견을 소개하면 다음과 같다.

변화하는 전통 속에서 장남의 권한이 문제된 유체인도 사건(2007다27670)에서는 상속인 간에 협의가 이루어지지 않았을 때 제사주재자를 어떻게 정하는 것이 조리에 닿는지를 둘러싸고 의견이 대립하였다. 다수 의견은 장남이 제사주재자가 되고 아들이 없으면 장녀가 제사주재자가 되는 것이 일반적인 사회통념과 양속에 맞는다고 보았으나 반대의견1은 다수결을 통해, 반대의견2는 법원이 개별 사건의 특수성을 고려해 결정

하여야 한다고 보았다(김영란, 2015).

개인의 자유와 국가의 책무 사이의 관계가 문제된 김 할머니 사건(2009다17417)에서는 해당 사안에서 진료 중단을 허용해야 하는지를 두고 찬성 9, 반대 4로 의견이 나뉘었다. 반대의견은 다시 2대 2로 나뉘었는데, 반대의견1은 이 사건에서 김 할머니가 회복할 수 없는 사망의 단계에 들어섰다고 보기 어렵고 김 할머니의 치료중단 의사도 인정되지 않음을 이유로 하였고, 반대의견2는 김 할머니처럼 이미 인공호흡기를 단 경우에 이를 적극적으로 제거하는 치료 중단은 허용될 수 없다고 보았다(김영란, 2015:40). 개인의 종교의 자유에 대한 판단을 내포한 사립학교 종교교육 사건(2008다38288)에서는 [1]종교교육에 대한 판단과 [2]징계처분에 대한 판단에서 대법관의 견해가 다르게 나타났다. [1]과 관련해서는 피고 학교법인 대광학원이 시행한 종교교육이 피고의 건학이념과 같은 종교를 가지지 않은 원고의 종교에 관한 인격적 법익을 침해하는 위법한 행위인지가 문제되었다. 다수의견과 반대의견은 종교의 자유와 종교교육의 자유 간 충돌의 문제로 보면서 양자의 조화점을 찾고자 하였는데(김영란, 2015:124), 그 조화점은 서로 달랐던 것으로 보인다. [2]와 관련해서는 피고 대광학원에게, 담임교사에 대한 원고의 불손한 태도 등을 이유로 한 징계처분의 불법행위책임을 물을 수 있는 것인지가 문제되었다.

사회·문화 분야의 판결은 우리 사회의 소수자<sup>24)</sup>의 기본권이 주된 쟁점이 된 사건들을 포함한다. 가령, 성전환자의 성별정정사건(2004스42)에서는 호적상 여성으로 등재되어 있다가 성전환수술을 받은 사람이 호적정정 및 개명 신청을 한 경우에 호적법 제120조에 따라 허가할 수 있는지가 문제되었다. 동 판결은 성전환자에 대한 호적정정을 허용할 근거가 없다는 등의 이유로 불허한 원심을 파기하였으나, 반대의견은 호적법 제

---

24) 이준일(2017:862)은 소수자를 집단의 숫자 그리고 집단이 보유하고 있는 권력이나 자본 또는 정치적 발언권에 따라 구분할 수 있는 개념으로 보고 있다. 집단에 소속된 구성원의 숫자에 따른 소수자를 ‘양적 소수자’ (예: 장애인), 숫자 이외의 기준에 따른 소수자를 ‘질적 소수자’ (예: 여성)로 구분하였으며 소수자의 구체적인 예시로 동성애자, 트랜스젠더, 양심적 병역거부자, 철거민, 가난한 자, 노숙인, 아동, 여성, 재소자, 정신장애인, 탈북자, 외국인노동자, 혼혈인, 난민, 재외동포 등을 들고 있다.

120조의 규정은 착오나 오인 등으로 인하여 처음부터 잘못 기재된 호적을 출생 시에 소급하여 정정하기 위한 것으로서 성전환자의 경우에 적용될 수 없다고 보았다. 미성년자인 자녀를 둔 성전환자의 성별정정 사건(2009스117)에서는 미성년자인 자녀가 있다는 사정을 성별정정의 독자적인 소극요건으로 볼 것인지에 따라 견해가 나뉘었다. 한편, 반대의견은 현재 혼인 중인지 여부를 독자적인 소극요건으로 볼 것인지에 따라 다시 견해가 나뉘었다.

적법절차 등 형사 사법적 이념과 관련하여서는, 문국현 의원의 공직선거법위반 등 사건(2009도7436)과 제주지사 압수수색 사건(2007도3061) 등의 형사사건이 포함되었다. 문국현 의원의 공직선거법위반 등 사건(2009도7436)에서는 공소장 기재의 방식에 관해 피고인 측으로부터 아무런 이의가 제기되지 않았고 법원이 그대로 공판절차를 진행한 결과 증거조사절차가 마무리된 단계에서 공소장 일본주의 위배를 주장해 이미 진행된 소송절차의 효력을 다룰 수 있는지가 쟁점이 되었다. 제주지사실 압수수색 사건(2007도3061)에서는 압수절차가 위법한 압수물에 대하여 증거능력을 인정할 수 있는지가 쟁점이 되었고, 대법원은 압수물의 증거능력을 인정하고 이를 근거로 유죄를 인정한 원심을 파기하였다.

이른바 ‘삼성 X파일 사건(2006도8839)’에서는 불법 감청 녹음에 관여하지 않은 언론기관이 불법이라는 사정을 알면서도 이를 보도하여 공개한 행위가 형법 제20조의 정당행위에 해당하여 위법성이 조각되는지가 문제되었다. 다수의견은 이 사건 보도에 의하여 얻어지는 이익 및 가치가 통신비밀이 유지됨으로써 얻어지는 이익 및 가치보다 우월하다고 볼 수 없다는 이유로, 반대의견은 전자가 더 우월하다는 이유로 정당행위 해당 여부에 대해 결론을 달리하고 있다.

그밖에 시민 권리 청구인과 국가 간의 대립을 보여준 변리사법 시행령 개정 사건(2003두12899)에서는 변리사 제1차 시험을 절대평가제에서 상대평가제로 환원하는 내용의 변리사법 시행령 개정조항을 즉시 시행하도록 하는 부칙 부분이 위헌인지가 문제되었는데, 침해되는 수험생의 신뢰이익과 개정 시행령으로 거둘 수 있는 공익 간 비교형량이 쟁점이 되

었다. 이상을 포함하여 분석 대상 판결의 세부쟁점을 정리하면 [표 5-1]과 같다.

[표 5-1] 사회·문화 분야 판결에 나타난 의견 대립

사건명	의견 대립의 주요 내용	
성전환자 성별정정 사건 <sup>125)</sup>	다수 의견	성전환자에 해당함이 명백한 사람에 대하여는 호적정정에 관한 호적법 제120조의 절차에 따라 호적의 성별란 기재의 성을 전환된 성에 부합하도록 수정할 수 있도록 허용함이 상당하다.
	반대 의견	성전환자에 대하여 호적법 제120조의 호적정정절차에 따라 호적상 성별란을 정정하는 것은 허용될 수 없다.
변리사법 시행령 개정 <sup>26)</sup>	다수 의견	변리사 제1차 시험의 상대평가제를 규정한 개정 시행령 제4조 제1항을 2002년의 제1차 시험에 시행하는 것은 헌법상 신뢰보호의 원칙에 비추어 허용될 수 없으므로, 개정 시행령 부칙 중 제4조 제1항을 즉시 2002년의 변리사 제1차 시험에 대하여 시행하도록 그 시행시기를 정한 부분은 헌법에 위반되어 무효이다.
	반대 의견	2002년의 변리사 제1차 시험이 개정 전 시행령에 따라 절대평가제로 실시되리라는 수험생들의 기대와 신뢰는 상대적이고 가변적인 것에 지나지 않으며 개정 시행령의 즉시 시행으로 인한 수험생들의 신뢰이익의 침해가 개정 시행령의 즉시 시행이 가지는, 시험운영관리의 적정성과 일정 수준 이상의 제1차 시험 합격자 선발이라는 공익적 목적을 정당화할 수 없을 정도로 과도하다고 보기는 어렵다.
제주지사 압수수색 사건 <sup>27)</sup>	원심 파기	헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다. … 그렇다면 원심으로서의 검사가 이 사건 압수물을 수집하는 과정에서 실제로 위 피고인들이 주장하는 바와 같은 헌법 및 형사소송법이 정한 절차 조항을 위반한 위법이 있는지를 확인해 보았어야 할 것인데 … 원심이 이 점에 관하여 충분히 심리하지 아니한 채 그냥 압수절차가 위법하더라도 압수물의 증거능력은 인정된다는 이유만으로 이 사건 압수물의 증거능력을 인정하고 이를 유죄 인정의 유력한 증거로 채택하여 위 피고인들에 대한 이 사건 공소사실 중 유죄 부분에 대하여 죄책을 인정한 것은 … 그대로 유지될 수 없다.
유체인도 사건 <sup>28)</sup>	다수 의견	제사주재자는 우선적으로 망인의 공동상속인들 사이의 협의에 의해 정하되, 협의가 이루어지지 않는 경우에는 특별한 사정이 있지 않은 한 망인의 장남(장남이 이미 사망한 경우에는 장남의 아들, 즉 장손자)이 제사주재자가 되고, 공동상속인들 중 아들이 없는 경우에는 망인의 장녀가 제사주재자가 된다.

	반대 의견	<p>제사주재자는 우선 공동상속인들의 협의에 의해 정하되, 협의가 이루어지지 않는 경우에는 다수결에 의해 정하는 것이 타당하다.</p> <p>공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 아니하여 제사주재자의 지위에 관한 분쟁이 발생한 경우에는 민법 제1008조의3의 문언적 해석과 그 입법 취지에 충실하면서도 인격의 존엄과 남녀의 평등을 기본으로 하고 가정평화와 친족상조의 미풍양속을 유지·향상한다고 하는 가사에 관한 소송의 이념 및 다양한 관련 요소를 종합적으로 고려하여 개별 사건에서 당사자들의 주장의 당부를 심리·판단하여 결정하여야 한다.</p>
	다수 의견	<p>담당 주치의, 진료기록 감정의, 신체 감정의 등의 견해에 따르면 환자는 현재 지속적 식물인간상태로서 자발호흡이 없어 인공호흡기에 의하여 생명이 유지되는 상태로서 회복불가능한 사망의 단계에 진입하였고, 환자의 일상생활에서의 대화 및 현 상태 등에 비추어 볼 때 환자가 현재의 상황에 관한 정보를 충분히 제공받았을 경우 현재 시행되고 있는 연명치료를 중단하고자 하는 의사를 추정할 수 있다.</p>
김할머니 사건 <sup>29)</sup>	반대 의견	<p>담당 주치의의 의견에 의하면 환자가 회복불가능한 사망의 단계에 진입했다고 단정할 수 없고, 연명치료를 중단을 환자의 자기결정권에 의하여 정당화하는 한, 그 ‘추정적 의사’란 환자가 현실적으로 가지는 의사가 객관적인 정황으로부터 추단될 수 있는 경우에만 긍정될 수 있으며 다수의견이 말하는 바와 같은 ‘가정적 의사’ 그 자체만으로 이를 인정할 수 없는바, 연명치료 중단에 관한 환자의 추정적 의사를 인정할 근거가 부족하다.</p> <p>환자가 생명유지장치인 인공호흡기가 이미 삽입, 장착되어 있는 상태에서 그 장치의 제거를 구하는 것이 정당하려면 생명유지장치가 삽입, 장착되어 있는 상태에서도 환자가 비교적 아주 짧은 기간 내에 사망할 것으로 예측, 판단되는 돌이킬 수 없는 사망의 과정에 진입하였다는 점이 전제되어야 하는데, 환자가 아직 뇌사 상태에는 이르지 아니한 지속적 식물인간 상태이고 기대여명이 적어도 4개월 이상이므로, 이러한 경우 환자가 돌이킬 수 없는 사망의 과정에 진입하였다고 할 수는 없다.</p>
	다수 의견	<p>공소장 기재의 방식에 관하여 피고인측으로부터 아무런 이의가 제기되지 아니하였고 법원 역시 범죄사실의 실체를 파악하는 데 지장이 없다고 판단하여 그대로 공판절차를 진행한 결과 증거조사절차가 마무리되어 법관의 심증형성이 이루어진 단계에서는 소송절차의 동적 안정성 및 소송경제의 이념 등에 비추어 볼 때 이제는 더 이상 공소장일본주의 위배를 주장하여 이미 진행된 소송절차의 효력을 다룰 수는 없다고 보아야 한다.</p>
공직선거법 위반 등 사건 <sup>30)</sup>	반대 의견	<p>공소장일본주의가 추구하는 재판의 공정 이념은 우선적 가치를 가진 근본이념으로서, 재판의 신속·경제를 위해 재판의 공정을 희생시킬 수는 없다. 공소장일본주의를 위반하는 것은 소송절차의 생명</p>

		이라 할 수 있는 공정한 재판의 원칙에 치명적인 손상을 가하는 것이고, 이를 위반한 공소제기는 법률의 규정에 위배된 것으로 치유될 수 없는 것이므로 시기 및 위반의 정도와 무관하게 항상 공소기각의 판결을 하는 것이 타당하다.
13세미만 미성년자 강간사건 <sup>31)</sup>	다수 의견	청소년의 성보호에 관한 법률 제16조에 규정된 반의사불벌죄라고 하더라도, 피해자인 청소년에게 의사능력이 있는 이상, 단독으로 피고인 또는 피의자의 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망 의사표시의 철회를 할 수 있고, 거기에 법정대리인의 동의가 있어야 하는 것으로 볼 것은 아니다.
	반대 의견	청소년의 성보호에 관한 법률에서의 반의사불벌죄는 피해자의 고소 없이도 수사가 개시되도록 하여 처벌의 실효성을 제고함으로써 청소년을 보다 두텁게 보호하려는 데에 그 취지가 있을 뿐, 처벌의 유무를 오로지 청소년인 피해자 본인의 의사에만 맡기고 친권자 등 법정대리인의 후견적 역할을 배제하려고 하는 데에 그 취지가 있는 것은 아니다. 형사소송법 등에서 친고죄와 달리 반의사불벌죄에 대하여는 법정대리인이 관여할 수 있는 규정을 명시적으로 두고 있지 않다는 이유만으로 일률적으로 피해 청소년이 그와 같이 중요한 의미를 갖는 소송행위를 단독으로 결정하도록 내버려두는 것은 헌법이 요구하는 국가의 책무인 청소년에 대한 보호를 방기하는 결과로 될 것이다.
사립학교 종교교육 사건 <sup>32)</sup>	[1] 다수 의견	중립학교가 고등학교 평준화정책에 따라 학생 자신의 신앙과 무관하게 입학하게 된 학생들을 상대로 종교교육을 실시하는 경우에는 그 종교교육의 구체적인 내용과 정도, 계속적인 것인지 여부, 학생들에게 사전에 충분한 설명을 하고 동의를 구하였는지 여부, ... 자유롭게 대체과목을 선택하거나 종교교육에 참여를 거부할 수 있었는지 여부 등의 구체적인 사정을 종합적으로 고려하여 사회공동체의 건전한 상식과 법감정에 비추어 볼 때 용인될 수 있는 한계를 초과한 종교교육이라고 보이는 경우에는 위법성을 인정할 수 있다.
	[1] 반대 의견	... 종교교육 거부의 의사가 학생 자신의 종교적 신념이나 확신에 기초한 것인지를 판단함에 있어서는 고등학생이라는 그 연령대가 아직 감정의 기복이 심하고 인격적으로 미성숙의 성장단계임을 감안한다면 학생 본인의 의사표현만 가지고 판단할 것이 아니라 부모의 태도 등을 충분히 고려하여 본인의 진지한 성찰을 거친 것임이 명확히 입증될 수 있어야 하고, 나아가 부모도 이에 동의한 경우라야 한다. ... 이 사건에서 원고의 부모 역시 피고 대광학원의 종교교육에 대하여 아무런 거부의사를 표시하지 아니하였던 점 등에 비추어 이 사건 종교교육이 위법한 행위라고 평가할 수 없다.
	[2] 다수 의견	갑에 대한 퇴학처분은 그 징계의 이유로 된 사실이 퇴학처분에 해당한다고 볼 수 없음이 객관적으로 명백하고 징계권자 또는 징계위원들이 조금만 주의를 기울이면 이와 같은 사정을 쉽게 알아볼 수 있음에도 징계에 나아간 것으로, 그 징계권의 행사가 우리의 건



		전한 사회통념이나 사회상규에 비추어 용인될 수 없음이 분명하여 갑에 대하여 불법행위가 된다.
	[2] 반대 의견	갑에 대한 퇴학처분은 교사에게 불손하게 반항하였다는 징계사유와 아울러 징계양정의 자료로 삼을 수 있는 비위사실들을 감안하면, 그 징계에서 인정된 사실이 퇴학처분을 할 정도의 사유에 해당하지 아니함이 객관적으로 명백하였거나 징계권자 또는 징계위원들이 조금만 주의를 기울였더라면 이를 쉽게 알 수 있었던 경우에 해당한다고 보기는 어려워, 학교법인에게 징계의 양정을 잘못된 것을 이유로 불법행위책임을 물을 수 있는 과실이 있다고 볼 수 없다
삼성X파일 사건 <sup>33)</sup>	다수 의견	보도와 관련된 모든 사정을 종합하여 볼 때 위 보도에 의하여 얻어지는 이익 및 가치가 통신비밀이 유지됨으로써 얻어지는 이익 및 가치보다 우월하다고 볼 수 없으므로, 피고인의 공개행위가 형법 제20조의 정당행위에 해당하지 않는다.
	반대 의견	도청자료에 담겨 있던 대화 내용은 매우 중대한 공공의 이익과 관련되어 있고, 시의성이 없다고 할 수 없으며, 피고인이 위 도청자료를 취득하는 과정에서 위법한 방법을 사용하지 아니하였고 … 위 불법 녹음의 주체 및 경위, 피고인이 위 도청자료를 취득하게 된 과정, 보도에 이르게 된 경위와 보도의 목적·방법 등 모든 사정을 종합하여 볼 때 위 보도에 의하여 얻어지는 이익이 통신의 비밀이 유지됨으로써 얻어지는 이익보다 우월하므로 피고인의 위 보도행위는 형법 제20조의 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위에 해당한다.
성전환자 성별정정 사건 <sup>34)</sup>	다수 의견	성전환자가 혼인 중에 있거나 미성년자인 자녀가 있는 경우에는, 가족관계등록부에 기재된 성별을 정정하여, 배우자나 미성년자인 자녀의 법적 지위와 그에 대한 사회적 인식에 곤란을 초래하는 것까지 허용할 수는 없으므로, 현재 혼인 중에 있거나 미성년자인 자녀를 둔 성전환자의 성별정정은 허용되지 않는다.
	반대 의견	미성년자인 자녀가 있다는 사정은 여러 가지 요소들의 일부로 포섭하여 법원이 구체적 사안에 따라 성별정정의 허가 여부를 결정하면 충분하고, 미성년자인 자녀가 있다는 사정을 성별정정의 독자적인 소극적 요건으로 설정할 것이 아니다. 미성년자인 자녀가 있는 성전환자의 경우 성별정정을 허용할 것인지는 입법정책의 문제에 속하는 것이고, 나아가 이미 부모의 전환된 성에 따라 자연스러운 가족관계가 형성된 경우 등에서는 성별정정을 허용하지 않는 것이 오히려 미성년자의 복리에 장애가 될 수 있다. 또한 현재 혼인 중에 있다는 사정을 성별정정의 독자적인 소극적 요건으로 보는 데에는 찬성할 수 없다.
PD수첩 사건 <sup>35)36)</sup>	다수 의견	문화방송이 “PD수첩” 프로그램에서 “미국산 쇠고기, 광우병에서 안전한가”라는 제목으로 ‘개정된 미국산 쇠고기 수입위생조건에서는 광우병 위험물질이 국내에 들어오거나 미국에서 인간광우병이 발생하더라도 우리 정부가 독자적으로 어떤 조치를 취할 수 없고 미국 정부와 협의를 거쳐야 한다’는 취지의 보도를 한 사안에서,

		위 보도는 ... 미국산 쇠고기 수입위생조건의 개정으로 인한 차이 점을 평가하고 비판하는 의견을 표명한 것이라고 보아야 한다.
	반대 의견	위 보도는 종전의 미국산 쇠고기 수입위생조건에 비하여 불리하게 타결된 개정된 미국산 쇠고기 수입위생조건의 내용에 관한 사실적 주장에 대한 보도에 해당한다.
전교조 시국선언 사건 <sup>37)</sup>	다수 의견	1, 2차 시국선언의 목적, 시기와 경위, 내용, 추진 방식과 그 영향 및 초·중등학교 교원 지위의 특수성 등 여러 사정을 종합하면, 위 행위는 공무원인 교원의 정치적 중립성을 침해할 만한 직접적인 위험을 초래할 정도의 정치적 편향성 또는 당파성을 명확히 드러 낸 행위이고, 이는 공무원인 교원의 본분을 벗어나 공익에 반하는 행위로서 공무원의 직무에 관한 기강을 저해하거나 공무의 본질을 해치는 것이어서 직무전념의무를 해태한 것이므로 국가공무원법 제66조 제1항에서 금지하는 '공무 외의 일을 위한 집단행위'에 해당한다는 이유로, 피고인들에게 유죄를 인정한 원심판단을 정당하 다고 한 사례.
	반대 의견	1, 2차 시국선언은 유사한 시국선언이 나오고 있는 과정에서 특정 사안에 관한 정부의 정책이나 국정운영 등에 대한 비판 내지 반대 의사를 표시하면서 그 개선을 요구한 것이거나 그에 관련된 표현 의 자유를 보장해 줄 것을 요구한 것으로, 헌법이 국민 누구에게나 보장한 기본권인 표현의 자유를 행사한 것일 뿐이며, 이와 같은 표 현의 자유는 헌법이 지향하는 자유민주적 기본질서의 기본 전제가 되는 것이므로 ... 피고인들이 1, 2차 시국선언에 관여한 행위는 국가공무원법 제66조 제1항이 금지하고 있는 '공무 외의 일을 위 한 집단행위'에 해당하지 않는다. 1차 시국선언은 그 선언을 하게 된 동기가 정치적이고, 선언의 시 점도 정치적 상황과 직접 연계되어 있으며, 선언문의 내용도 공무 원인 교원의 정치적 중립성을 훼손하는 것인 점 등에 비추어, 국가 공무원법에서 금지하는 공무 외의 일을 위한 집단적 행동에 해당 한다. 그러나 2차 시국선언과 관련된 피고인들의 행위는 주된 동 기 내지 목적이 교사들에 대한 형사고발 또는 징계조치의 철회 요 구에 있고, 그 외에 1차 시국선언과 같은 정치적 의도나 목적이 있 었다고 보기 어려우며, 그 내용도 정부의 강경 대응과 교육정책 일 반을 비판하고 교사들의 표현의 자유를 보장하여 줄 것을 촉구하 는 것인 점 등에 비추어, ...국가공무원법이 금지하고 있는 '공무 외의 일을 위한 집단행위'에 해당한다고 보기 어렵다.
자살군인 국가 유공자 <sup>38)</sup>	다수 의견	군인이 군 복무 중 자살로 사망한 경우에도 구 국가유공자법 제4 조 제1항 제5호 (가)목의 '교육훈련 또는 직무수행 중 사망'에 해 당하는지는 교육훈련 또는 직무수행과 사망 사이에 상당인과관계 가 있는지에 따라 판단해야 하고, 사망이 자살로 인한 것이라는 이 유만으로, 또는 자유로운 의지가 완전히 배제된 상태에서 한 자살 이 아니라는 이유로 국가유공자에서 제외되어서는 안 된다.

	반대 의견	구 국가유공자법 하에서는 자살한 군인을 국가유공자로 인정할 수 없는 것이다. 위와 같은 구 국가유공자법의 목적, 기본이념, 입법 취지, 규정방식, 이제까지의 판례 등을 종합하여 보면, 군인이 직 무수행 중 자살한 경우에 그 자살이 자유로운 의지에 따른 것으로 서 '자해행위로 인한 사망'에 해당하는 이상 그는 국가유공자에서 제외된다고 할 것이다.
아내강간 사건 <sup>39)</sup>	다수 의견	부부 사이에 민법상의 동거의무가 인정된다고 하더라도 거기에 폭 행, 협박에 의하여 강요된 성관계를 감내할 의무가 내포되어 있다 고 할 수 없다. 혼인이 개인의 성적 자기결정권에 대한 포기를 의 미한다고 할 수 없고, 성적으로 억압된 삶을 인내하는 과정일 수도 없기 때문이다. ... 결론적으로 헌법이 보장하는 혼인과 가족생활의 내용, 가정에서의 성폭력에 대한 인식의 변화, 형법의 체계와 그 개정 경과, 강간죄의 보호법익과 부부의 동거의무의 내용 등에 비 추어 보면, 형법 제297조가 정한 강간죄의 객체인 '부녀'에는 법률 상 처가 포함된다.
	반대 의견	강간죄는 그 문언상 '폭행 또는 협박으로 부인이 아닌 부녀에 대하 여 성관계를 맺는 죄'라고 해석된다. 강간죄는 제정 당시부터 '배 우자가 아닌 사람에 의한 성관계'를 강요당한다는 침해적인 요소를 고려하여 형량을 정하였는데, 특별한 구성요건의 변화 없이 형법 제32장의 제목 변경만으로 강간죄를 부부관계에까지 확대하는 것 은 강간죄의 규정 취지와 달리 부부관계에 대하여 과도한 처벌이 이루어지게 되어 죄형균형의 원칙을 벗어나게 된다.
이주노동자 노조 합법화 사건 <sup>40)</sup>	다수 의견	타인과의 사용 종속관계 하에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 사람은 노동조합법상 근로자에 해당하고, 노동 조합법상의 근로자성이 인정되는 한, 그러한 근로자가 외국인인지 여부나 취업자격의 유무에 따라 노동조합법상 근로자의 범위에 포 함되지 아니한다고 볼 수는 없다.
	반대 의견	결국 취업자격 없는 외국인에 대하여는 근로조건의 유지·개선과 지위 향상을 기대할 만한 법률상 이익을 인정하기 어렵고, 취업자 격 없는 외국인은 노동조합법상 근로자의 개념에 포함되지 않는다.
국립대 기성회비 사건 <sup>41)</sup>	다수 의견	원심은 이 사건 기성회비가 고등교육법 제11조 제1항에 정한 '그 밖의 납부금'에 해당하지 아니하며 피고 기성회들이 원고들로부터 법률상 원인 없이 기성회비를 납부 받은 것이고 이로써 원고들에 게 기성회비 상당의 손해를 입혔다고 판단하였으니, 이와 같은 원 심의 판단에는 고등교육법 제11조 제1항에 정한 '그 밖의 납부금' 또는 부당이득에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법 이 있다.
	반대 의견	피고 기성회들은 법률상 근거 없이 원고들로부터 기성회비라는 명 목의 금원을 징수함으로써 그 액수 상당의 이익을 얻고 원고들에 게 그만큼의 손해를 입힌 것이다. 원심이 같은 취지로 판단한 것은 정당하고, 원심의 판단에 판결에 영향을 미친 잘못이 없으므로 피 고 기성회들의 상고를 기각하는 것이 옳다.

고성군부대 총기난사 사건 <sup>42)</sup>	다수 의견	… 범행에 상응하는 책임의 정도, 범죄와 형벌 사이의 균형, 유사한 유형의 범죄 발생을 예방하여 잠재적 피해자를 보호하고 사회를 방위할 필요성 등 제반 견지에서 법정 최고형의 선고가 불가피하므로 피고인에게 사형을 선고한 제1심판결을 유지한 원심의 조치는 정당하다.
	반대 의견	… 범행의 책임을 오로지 피고인에게 돌려 사형 선고를 통하여 피고인의 생명을 영원히 박탈하는 것이 합당한지 의문이므로, 원심이 피고인에게 사형을 선고한 제1심판결을 유지한 것은 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때에 해당한다.
학교안전법 시행령조항 의 효력에 관한 사건 <sup>43)</sup>	다수 의견	기왕증과 과실상계에 의한 지급제한 사유를 규정한 시행령 조항은 법률의 위임 없이 피공제자의 권리를 제한하는 것으로서 무효이다.
	반대 의견	학교안전법 시행령 제19조의2 제1항은 학교안전법 제36조부터 제40조까지에서 예정하고 있는 공제급여의 제한에 관하여 필요한 내용을 구체화한 것으로서 위임입법의 한계를 벗어난 무효의 규정이라고 볼 수 없다.
분묘 기지권의 취득시효에 관한 사건 <sup>44)</sup>	다수 의견	타인 소유의 토지에 분묘를 설치한 경우에 20년간 평온, 공연하게 분묘의 기지를 점유하면 지상권과 유사한 관습상의 물권인 분묘기지권을 시효로 취득한다는 점은 오랜 세월 동안 지속되어 온 관습 또는 관행으로서 법적 규범으로 승인되어 왔고, 이러한 법적 규범이 장사법(법률 제6158호) 시행일인 2001. 1. 13. 이전에 설치된 분묘에 관하여 현재까지 유지되고 있다고 보아야 한다.
	반대 의견	토지 소유자의 승낙이 없음에도 20년간 평온, 공연한 점유가 있었다는 사실만으로 사실상 영구적이고 무상인 분묘기지권의 시효취득을 인정하는 종전의 관습은 적어도 2001. 1. 13. 장사법(법률 제6158호)이 시행될 무렵에는 사유재산권을 존중하는 헌법을 비롯한 전체 법질서에 반하는 것으로서 정당성과 합리성을 상실하였을 뿐 아니라 이러한 관습의 법적 구속력에 대하여 우리 사회 구성원들이 확신을 가지지 않게 됨에 따라 법적 규범으로서 효력을 상실하였다.
강제전역 처분 등 취소사건 <sup>45)</sup>	다수 의견	군인이 상관의 지시나 명령에 대하여 재판청구권을 행사하는 경우에 그것이 위법·위헌인 지시와 명령을 시정하려는 데 목적이 있을 뿐, 군 내부의 상명하복관계를 파괴하고 명령불복종 수단으로서 재판청구권의 외형만을 빌리거나 그 밖에 다른 불순한 의도가 있지 않다면, 정당한 기본권의 행사이므로 군인의 복종무무를 위반하였다고 볼 수 없다.
	반대 의견	군 지휘관의 직무상 명령이 명백히 위법한 것이 아닌 이상 부하인 군인은 복무규율에 따라 이에 복종할 의무가 있다. … 만약 이와 달리 군대 내에서 발생하는 모든 불이익에 대해, 군인들이 언제라도 자유로이, 일반 법령이 정한 군대 밖의 국가기관의 구제절차를 통해 불이익의 해소를 시도하는 것이 정당화된다면, 국군의 조직력은 와해되고, 그로 인한 위험은 전체 국민이 떠안게 될 것이다.
양심적	다수	양심적 병역거부자에게 병역의무의 이행을 일률적으로 강제하고

병역거부 사건 <sup>46)</sup>	의견	그 불이행에 대하여 형사처벌 등 제재를 하는 것은 양심의 자유를 비롯한 헌법상 기본권 보장체계와 전체 법질서에 비추어 타당하지 않을 뿐만 아니라 소수자에 대한 관용과 포용이라는 자유민주주의 정신에도 위배된다. 따라서 진정한 양심에 따른 병역거부라면, 이는 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 해당한다.
	반대 의견	기존 법리를 변경하는 다수의견의 견해는, 법적 안정성이라는 중대한 사법적 가치를 손상하고, 자칫 병역의무 이행상의 과도한 특혜를 부여하는 결과를 초래함으로써 병역법의 입법 목적을 근본적으로 훼손시킬 뿐만 아니라, 병역의무 부담의 형평성에 대한 규범적 요청 및 국민의 기대에서 크게 벗어나는 것으로 인식되어 갈등과 혼란을 초래할 것이라는 우려를 금할 수 없다. 또한 사법권의 한계를 벗어나 입법정책의 영역에서 사실상 입법자의 권한을 행사한다는 오해와 비난을 면하기 어렵다. 설령 양심적 병역거부자 등 일부 병역의무자들에 대한 병역법의 예외 없는 적용에 다소간의 불합리하거나 가혹한 면이 있더라도, 이는 국회의 입법 절차를 통해 시정해 나갈 일이지, 법원이 병역법의 규정을 그 목적이나 기능에 어긋나게 해석하는 방식으로 해결할 수는 없다.

- 25) 대법원 2006. 6. 22. 자 2004스42  
26) 대법원 2006. 11. 16. 선고 2003두12899  
27) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061  
28) 대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670  
29) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417  
30) 대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436  
31) 대법원 2009. 11. 19. 선고 2009도6058  
32) 대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288  
33) 대법원 2011. 3. 17. 선고 2006도8839  
34) 대법원 2011. 9. 2. 자 2009스117  
35) 대법원 2011. 9. 2. 선고 2009다52649  
36) 이 판결에는 ① ‘한국인의 유전자형과 광우병 발병 위험성 보도’에 대한 정정보도청구권 행사의 정당한 이익의 존부, ② ‘한국인의 유전자형과 광우병 발병 위험성 보도’의 허위성, ③ ‘정부의 대응 보도’에 관한 사실적 주장과 의견표명의 구별, ④ ‘미국산 쇠고기 수입위생조건 합의와 관련한 우리 정부의 협상태도에 관한 보도’에 관한 사실적 주장과 의견표명의 구별 각각에 대하여 의견 대립이 있었다(대법원 2011. 9. 2. 선고 2009다52649 전원합의체 판결). 표에는 ③을 제시하였다.
- 37) 대법원 2012. 4. 19. 선고 2010도6388  
38) 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27363  
39) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788, 2012전도252  
40) 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995  
41) 대법원 2015. 6. 25. 선고 2014다5531  
42) 대법원 2016. 2. 19. 선고 2015도12980  
43) 대법원 2016. 10. 19. 선고 2016다208389

## 2. 경제활동·노동 분야

2006년부터 2018년까지의 비(非)만장일치(non-unanimous)의 전원합의체 판결 130건 중 본 연구의 분석 대상이 된 경제활동·노동 사건은 총 16건으로 총 18개의 세부 쟁점을 포함한다. 민사사건에서는 채권자와 채무자를 분쟁당사자로 하는 판결인 고율이자반환 청구사건(2004다50426)과 사용자와 근로자를 분쟁 당사자로 하는 판결인 퇴직금 분할지급 약정 사건(2007다90760) 등이 포함되었다. 행정사건의 경우 분쟁 당사자의 한 쪽이 근로자인 경우로 출퇴근 업무상 재해 인정 사건(2005두12572), 휴업 급여부지급처분 취소사건(2007두2173)과 정부와 기업이 분쟁당사자가 되어 독점규제 및 공정거래에 관한 법률상의 규제 처분의 취소를 다투는 판결인 포스코열연코일 공급거절사건(2002두8626) 등이 포함되었다. 형사 사건 중에서는 주주배정방식으로 전환사채를 발행한 경우 업무상배임죄로 처벌할 수 있는지가 쟁점이 되었던 삼성에버랜드 사건(2007도4949)과 파업을 업무방해죄로 처벌할 수 있는지가 쟁점이 된 전국철도노동조합 파업사건(2007도482) 등이 포함되었다.

[표 5-2] 경제 활동·노동 분야 판결에 나타난 의견 대립

사건명	의견 대립의 주요 내용	
대여금 반환 <sup>47)</sup>	다수 의견	대주가 사회통념상 허용되는 한도를 초과하는 이율의 이자를 약정하여 지급받은 경우 차주가 이자의 반환을 청구할 수 있다.
	반대 의견	… 대주가 불법성을 명확하게 인식했다고 평가하기는 어렵고 일률적으로 대주의 불법성이 차주의 그것에 비해 현저히 크다고 단정할 수만은 없으며, 임의로 이자를 지급함으로써 이미 거래가 종료된 상황에서 다시 차주의 반환청구를 허용한다면 법적 안정성을 해칠 우려도 있으므로 반환청구를 허용할 수 없다.
출·퇴근중 의재해 사건 <sup>48)</sup>	다수 의견	근로자가 선택한 출·퇴근 방법과 경로의 선택이 통상적이라는 이유만으로 출·퇴근 중에 발생한 재해가 산업재해보상보험법상의 업무상의 재해로 될 수는 없다.

44) 대법원 2017. 1. 19. 선고 2013다17292

45) 대법원 2018. 3. 22. 선고 2012두26401

46) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912

	반대 의견	합리적인 방법과 경로에 의한 출·퇴근 행위라면 이는 사업주의 지배·관리하에 있다고 보아야 하고, 그러한 출·퇴근 과정에서 발생한 손해는 업무상 손해에 해당한다.
포스코 열연코일 공급거절 사건 <sup>49)</sup>	다수 의견	거래거절행위는 시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁 제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 행위로서의 성질을 갖는 때에 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제3조의2 제1항 제3호의 부당성이 인정될 수 있다.
	반대 의견	시장지배적 사업자가 다른 사업자에 대하여 거래를 거절함으로써 외형상 그 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위를 한 경우에 그 행위는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제3조의2제1항제3호의 '부당한 행위'를 한 것으로 추정된다고 해석하는 것이 합리적이다.  독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제3조의2제1항제3호의 '부당성'의 의미를 주관적·객관적 측면에서 '경쟁제한의 우려'가 있는 행위로만 파악하는 것은 시장지배적 사업자가 시장지배력을 남용하는 것을 규제함으로써 독점을 규제하고자 하는 우리 헌법의 정신 및 독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 입법목적에 반하므로, 시장지배적 사업자의 거래거절이 지위남용행위로서 행하여진 경우에는 '독점규제' 측면에서 경쟁제한의 우려 여부와 관계없이 이를 규제하여야 한다.
휴업급여 부지급처 분취소 <sup>50)</sup>	다수 의견	근로자가 요양불승인에 대한 취소소송의 판결확정시까지 근로복지공단에 휴업급여를 청구하지 않았던 것은 이를 행사할 수 없는 사실상의 장애사유가 있었기 때문이라고 보아야 하므로, 근로복지공단의 소멸시효 항변은 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다.
	반대 의견	근로자가 요양불승인처분에 대해 불복하여 행정소송을 제기하면서 별도로 휴업급여청구를 하지 않은 것은, 요양승인 없이 휴업급여청구를 할 수 없는 것으로 오인하였거나 요양급여청구권과 휴업급여청구권이 별개의 청구권으로서 소멸시효가 각별로 진행된다는 법리를 알지 못한 데서 비롯된 것일 뿐이므로, 이와 같은 '법의 부지'를 가지고 '객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 사실상의 장애사유'가 있었다고 할 수 없는바 근로복지공단의 소멸시효 항변은 신의성실의 원칙에 반하지 않는다.
삼성에버 랜드사건 <sup>51)</sup>	다수 의견	주주배정방식으로 전환사채를 발행한 경우 피고인들이 저가발행하였더라도 회사에 대한 임무위배에 의한 배임죄로 의율할 수 없다(무죄 및 원심판결 파기).
	반대 의견	피고인들의 행위는 회사에 대한 업무상배임죄에 해당한다(유죄 및 원심판결 유지).
퇴직금 분할	다수 의견	퇴직금 분할 약정은 무효이고 무효인 약정에 의해 이미 지급한 퇴직금 명목의 금원은 부당이득에 해당하며, 이와 같이 사용자가 근

지급 약정 사건 <sup>52)</sup>		로자에게 이미 퇴직금 명목의 금원을 지급하였으나 퇴직금 지급으로서의 효력이 없어 사용자가 같은 금원 상당의 부당이득 반환채권을 갖게 된 경우 이를 자동채권으로 하여 근로자의 퇴직금 채권과 상계할 수 있다.
	반대 의견	퇴직금 분할 약정에 따라 월급 또는 일당과 함께 또는 그에 포함되어 퇴직금 명목으로 근로자에게 지급되는 금원은 임금의 일종으로 보아야 하고 부당이득이 될 수 없다.
		사용자가 근로자에게 이미 퇴직금 명목의 금원을 지급하였으나 퇴직금 지급으로서의 효력이 없어 사용자가 같은 금원 상당의 부당이득 반환채권을 갖게 된 경우 이를 자동채권으로 하여 근로자의 퇴직금 채권과 상계할 수 없다.
건축신고 불가 취소 <sup>53)</sup>	다수 의견	건축법 제14조 제2항에 의한 인·허가의제 효과를 수반하는 건축신고는 행정청이 그 실체적 요건에 관한 심사를 한 후 수리하여야 하는 이른바 ‘수리를 요하는 신고’이며 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 개발행위허가로 의제되는 건축신고가 개발행위허가의 기준을 갖추지 못한 경우, 행정청이 수리를 거부할 수 있다.
	반대 의견	인·허가가 의제되는 건축신고라 하더라도 수리를 요하지 않는 신고로 보아야한다.
파업으로 인한 업무방해 사건 <sup>54)</sup>	다수 의견	사안에서 파업은 사용자의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 세력으로서 형법 제314조 제1항에서 정한 ‘위력’에 해당한다고 보기에 충분하다(피고인에 대한 업무방해의 공소사실을 유죄로 인정)
	반대 의견	전국철도노동조합의 조합원들이 단순히 근로제공을 거부하는 형태로 이루어진 위 파업은, 형법 제314조 제1항의 ‘위력’에 해당한다고 볼 수 없고, 다수의견의 법리에 비추어 보더라도 제반 사정을 종합할 때 피고인에게 업무방해죄의 죄책을 인정한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다.
임의 비급여 <sup>55)</sup>	다수 의견	[1]… 기준과 절차에 따르지 아니하고 임의로 비급여 진료행위를 하고 가입자와 요양 비급여로 하기로 합의하여 진료비용 등을 가입자 등으로부터 지급받은 경우도 위 기준을 위반하는 것으로서 원칙적으로 구 국민건강보험법(2006. 10. 4. 법률 제8034호로 개정되기 전의 것) 제52조 제1항, 제4항과 제85조 제1항 제1호, 제2항에서 규정한 ‘사위 기타 부당한 방법으로 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받거나 가입자 등에게 이를 부담하게 한 때’에 해당한다. [2]요양기관이 임의로 비급여 진료행위를 하고 비용을 가입자 등으로부터 지급받더라도 그것을 부당하다고 볼 수 없는 사정은 이를 주장하는 측인 요양기관이 증명해야 한다.
	반대 의견	[1]법정의 비급여 진료비는 위 각 법조문의 적용대상이 아니며, ‘요양급여비용’에 법정의 비급여 진료비가 포함된다고 해석하는 것은 법령의 근거 없이 국민의 권리를 제한하는 것과 다름없는 것이어서 허용될 수 없다.



		[2] '사위 기타 부당한 방법으로 요양급여비용을 받거나 부담하게 한 때'에 해당한다는 처분사유는 일반적인 경우와 마찬가지로 법정외 진료행위의 경우에도 여전히 처분청이 증명책임을 부담한다고 보아야 한다.
키코 (KIKO) 사건 <sup>56)57)</sup>	원심 파기	갑 회사는 현물환 취득액과 상관없이 환율 변동에 따른 환차익을 획득하려는 환투자 내지 환투기 목적으로 위 통화옵션계약을 체결한 것으로 볼 수 있고, 키코 통화옵션계약을 체결하는 과정에서 을 은행이 환율 급등으로 인한 위험이나 그로 인한 손실의 정도 등에 관한 설명의무를 다하지 아니하였다고 볼 만한 사정을 찾아볼 수 없는데도, 을 은행이 적합성 원칙과 설명의무를 위반하였다고 본 원심판결에 법리오해의 위법이 있다.
통상임금 사건 <sup>58)</sup>	다수 의견	우리나라 대부분의 기업에서는 정기상여금은 그 자체로 통상임금에 해당하지 아니한다는 전제 아래에서, 임금협상 시 노사가 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 합의하는 실무가 장기간 계속되어 왔고, 이러한 노사합의는 일반화되어 이미 관행으로 정착된 것으로 보인다. 노사합의에서 정기상여금은 그 자체로 통상임금에 해당하지 아니한다고 오인한 나머지 정기상여금을 통상임금 산정기준에서 제외하기로 합의하고 이를 전제로 임금수준을 정한 경우, 근로자 측의 추가 법정수당 청구는 신의칙에 위배되어 받아들일 수 없다.
	반대 의견	신의칙의 적용을 통하여 임금청구권과 같은 법률상 강행규정으로 보장된 근로자의 기본적 권리를 제약하려 시도하는 것은 헌법적 가치나 근로기준법의 강행규정성에 정면으로 반한다. 신의칙을 내세워 사용자의 그릇된 신뢰를 근로자의 정당한 권리 찾기에 우선할 수는 없다. 근로자가 받았어야 할 임금을 예상외의 이익으로 취급하여 이를 되찾는 것을 정의와 형평관념에 반한다고 하는 것 자체가 정의관념에 반한다. 사용자는 상여금도 그 성격에 따라 통상임금에 해당할 수 있음을 알았다고 보이고 사용자가 상여금의 통상임금 해당 가능성을 알지 못하였더라도 이를 법적으로 보호할 가치가 있는 선의라고 볼 수는 없다.
카지노 이용자의 손해배상 청구사건 <sup>59)</sup>	[1] 다수 의견	개인은 자신의 자유로운 선택과 결정에 따라 행위하고 그에 따른 결과를 다른 사람에게 귀속시키거나 전가하지 아니한 채 스스로 이를 감수하여야 한다는 '자기책임의 원칙'은 카지노 이용을 둘러싼 법률관계에 대하여도 당연히 적용된다. 카지노사업자가 카지노 운영과 관련하여 공익상 포괄적인 영업 규제를 받고 있더라도 특별한 사정이 없는 한 이를 근거로 함부로 카지노이용자의 이익을 위한 카지노사업자의 보호의무 내지 배려의무를 인정할 것은 아니다. 관련 법령에 분명한 근거가 없는 한 카지노사업자에게 카지노이용자의 이익을 자신의 이익보다 우선하거나 카지노이용자가 카지노 게임으로 지나친 재산상 손실을 입지 아니하도록 보호할 의무가 있다고 보기는 어렵다.

	[1] 반대 의견	출입제한규정은 도박중독자의 특성을 감안하여 카지노이용자와 가족이 스스로를 보호하기 위하여 자기 배제를 요청할 수 있도록 제도화한 것이고, 출입제한이 요청된 자의 도박 중독으로 인한 가장 일차적인 손해는 재산상실이라 할 것이므로 이는 무엇보다 피요청자의 재산상 이익을 보호하기 위한 제도에 해당한다. … 원심이 같은 취지에서 피고 직원들이 원고에 대한 출입제한 조치를 하지 아니하고 출입을 허용한 것을 원고에 대한 보호의무 위반행위로 보아 그 사용자인 피고의 손해배상책임을 인정한 것은 타당하다.
	[2] 다수 의견	카지노사업자의 영업제한규정 중 1회 베틱한도를 제한하는 규정은 그 문언상 과도한 사행심 유발을 방지하기 위한 것이나, 일반 공중의 사행심 유발을 방지하기 위한 데서 더 나아가 카지노이용자 개인의 재산상 손실을 방지하기 위한 규정이라고 보기는 어렵다.
	[2] 반대 의견	베틱한도액 제한규정은 카지노의 사회적 폐해를 억제하기 위한 공익보호규정인 동시에, 구체적인 카지노 게임에서 카지노이용자의 과도한 재산손실을 방지하기 위한 최소한의 안전장치로서 카지노이용자 개인의 재산상 이익을 보호하기 위하여도 반드시 지켜져야 할 규정이다.
장해보상 연금 개시일자 결정처분 취소 <sup>60)</sup>	다수 의견	재요양 후 치유된 날이 속하는 달의 다음 달부터 변경된 장해등급에 해당하는 장해보상연금의 지급일수에 따라 장해보상연금을 지급하여야 하고, 근로자에게 지급한 적이 없는 기존의 장해등급에 따른 장해보상일시금의 지급일수에 해당하는 기간만큼의 장해보상연금을 부지급하여서는 아니 된다. 이러한 이치는 기존의 장해등급에 대한 장해급여청구를 하지 않고 있던 중 청구권이 시효 소멸된 경우에도 마찬가지로 적용된다.
	반대 의견	재요양제도의 취지는 … 이미 소멸시효가 완성되어 소멸한 장해급여 청구권을 부활시키려는 데 있는 것이 아니다. 따라서 기존 장해에 관한 장해급여 청구권이 소멸시효의 완성으로 소멸한 이상 다시 이를 주장할 수는 없고, 재요양 후의 장해상태가 종전에 비하여 악화되었다면 근로자는 악화된 장해상태에 관하여만 재요양에 따른 장해급여 청구권을 가질 뿐이다.
대형마트 규제사건 <sup>61)</sup>	다수 의견	구 유통산업발전법 제12조의2 제1항, 제2항, 제3항에 따라 영업시간 제한 등 규제 대상이 되는 대형마트에 해당하는지는, 일단 대형마트로 개설 등록되었다면 특별한 사정이 없는 한, 개설 등록된 형식에 따라 대규모점포를 일체로서 판단하여야 하고, 대규모점포를 구성하는 개별 점포의 실질이 대형마트의 요건에 부합하는지를 다시 살필 것은 아니다.
	반대 의견	대형마트에 대한 영업시간 제한 등 규제의 목적, 영업의 자유에 대한 규제를 최소화할 필요성 등의 여러 사정들을 종합하면, … 용역제공 장소에 대하여는 실질이 상품판매 장소에 해당하는 경우 등과 같이 상품판매 장소와 마찬가지로 규제하여야 할 정당한 이유가 있는 경우가 아니라면, 원칙적으로 규제의 대상에 포함되지 아니한다.

노동조합 조직형태 변경사건 62)	다수 의견	산업별 노동조합의 지회 등이더라도, 외형과 달리 독자적인 노동 조합 또는 노동조합 유사의 독립한 근로자단체로서 법인 아닌 사단에 해당하는 경우에는, 자주적·민주적인 총회의 결의를 통하여 소속을 변경하고 독립한 기업별 노동조합으로 전환할 수 있다.
	반대 의견	근로자와 조합원관계를 형성하고 지회 등이나 조합원의 고유한 사항에 관하여 독자적으로 단체교섭을 진행하여 단체협약을 체결할 능력이 있다는 점이 증명되지 아니하는 산업별 노동조합의 지회 등은 조직형태의 변경 주체가 될 수 없다.
연장근로 가산임금 중복지급 청구사건 63)	다수 의견	휴일근로에 따른 가산임금과 연장근로에 따른 가산임금은 중복하여 지급될 수 없음
	반대 의견	결국 1주간 기준근로시간인 40시간을 초과하여 휴일에 근로한 경우 휴일근로에 따른 가산임금과 함께 연장근로에 따른 가산임금도 지급하여야 한다고 본 원심의 판단은 정당하다.

- 
- 47) 대법원 2007. 2. 15. 선고 2004다50426  
48) 대법원 2007. 9. 28. 선고 2005두12572  
49) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626  
50) 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두2173  
51) 대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949  
52) 대법원 2010. 5. 20. 선고 2007다90760  
53) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954  
54) 대법원 2011. 3.17. 선고 2007도482  
55) 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639,27646  
56) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013다26746  
57) 기업과 은행을 각각 원고와 피고로 한 키코사건의 경우 수산중공업vs.우리은행·시티은행(2011다53683·2011다53690), 세신정밀vs.스탠다드차티드은행·신한은행(2012다1146·2012다1153(병합)), 삼코vs.하나은행(2012다13637), 모나미vs.스탠다드차티드은행(2013다26746) 4개의 판결이 동일한 선고일에 선고되었다. 세부 논점은 네 사건에 공통되는 것도 있고 일부사건에만 존재하는 것도 있어 한 가지 잣대로 평가하기 어려운 면이 있다. 본 연구에서는 KIKO사건을 금융투자업자의 의무와 투자자 보호의 관점에서 중요한 논점인 적합성 원칙과 설명의무 위반 여부에 대한 판단 결과(2013다26746)를 중심으로 분석하였다.  
58) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399  
59) 대법원 2014. 8. 21. 선고 2010다92438  
60) 대법원 2015. 4. 16. 선고 2012두26142  
61) 대법원 2015. 11. 19. 선고 2015두295  
62) 대법원 2016. 2. 19. 선고 2012다96120  
63) 대법원 2018. 6. 21. 선고 2011다112391

### 3. 환경 분야

본 연구에서 환경 분야로 선정된 판결은 총 4건으로, 새만금 사건(2006두330), 4대강 집행정지사건(2010무111), 제주 강정마을 사건(2011두19239), 자기 소유 토지에 토양오염을 유발하고 폐기물을 매립한 자의 불법행위책임 성립여부 사건(2009다66549)이다. 이 중 새만금 사건, 4대강 집행정지 사건, 제주 강정마을 사건은 대규모 국책사업의 가치와 환경 보전의 가치가 대립을 이루고 있는 경우로, 법원이 대규모 국책사업에 대해 어디까지 판단할 수 있는가 하는 문제를 내포하고 있다.

[표 5-3] 환경 분야 판결에 나타난 의견 대립

사건명	의견 대립의 주요 내용	
새만금 사건 <sup>64)</sup>	다수 의견	새만금간척종합개발사업을 중단하여야 할 정도로 중대한 사정변경이나 공익상 필요가 있다고 인정하기에 부족하다
	반대 의견	자연환경은 경제적 이익이나 금전적 가치와 동일한 평면에서 비교되고 대체될 수 있는 가치가 아니다. … 환경의 가치를 산정함에 있어서는 당시까지 밝혀진 환경의 기능과 효용 중 금전으로 환산할 수 있는 가치만을 평가하여 그 손실보다 이익이 큰 경우에는 환경을 희생시키는 것으로 개발 여부를 결정하는 방식은 허용되어서는 아니 된다. … 개발사업의 국민경제적인 이익이 당해 사업에 소요되는 비용과 이로 인하여 훼손되는 자연환경 가치의 경제적 평가액 등의 손실을 합한 것보다 상당한 정도로 우월한 경우에 비로소 개발사업을 추진할 수 있는 당위성이 인정될 수 있다. … 새만금간척종합개발사업에는 농지의 필요성, 수질관리, 해양환경 및 경제적 타당성과 사업성 등의 측면에서 당초 예상하지 못한 사정변경이 생겼다고 할 것인데, 그와 같은 사정변경은 사업을 계속 시행하는 경우 과도한 비용과 희생이 요구됨으로써 사업을 통하여 달성하고자 하는 종국적인 목적을 실현할 수 없을 정도로 중대한 경우에 해당하고, 새만금간척종합개발사업을 위한 공유수면매립면허처분 및 농지개량사업 시행인가처분을 취소하여 새만금간척종합개발사업 자체를 중단하는 것 외에 다른 조치 또는 처분만으로 적절하게 대응하기 어렵다고 보이므로, 새만금간척종합개발사업을 취소할 공익상 필요가 있다고 봄이 상당하다.
4대강 집행정지 <sup>65)</sup>	다수 의견	행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건에서는 행정처분 자체의 적법 여부를 판단할 것이 아니고 행정처분의 효력이나 집행 등을 정지시킬 필요가 있는지 여부, 즉 행정소송법 제23조 제

		2항에서 정한 요건의 존부만이 판단대상이 된다. …효력정지 신청을 기각한 결정에 대하여 행정처분 자체의 적법 여부를 가지고 불복사유로 삼을 수 없다.
	반대 의견	재항고인들이 효력정지 요건의 해석에 관한 원심결정의 법리오해 위법을 반복하여 지적하면서, 특히 여러 가지 측면에서 특수성을 띠고 있는 환경문제가 포함된 이 사건의 규모와 성격, 직·간접적 파급효과 등을 고려할 때 효력정지 요건 충족 여부와 관련하여 ‘회복하기 어려운 손해’ 및 ‘긴급한 필요’의 의미를 종전과 다르게 해석하여야 한다거나 그렇지 않다고 하더라도 소명책임과 관련된 소명의 정도를 완화하여야 한다는 취지의 주장을 하고 있는데, 이는 법리오해 주장으로서 적법한 재항고 이유이다. 대법원으로서 재항고 이유의 당부에 관하여 나아가 판단함이 마땅하다.
제주 강정마을 해군기지 사건	다수 의견	환경영향평가법의 위임에 따라 환경영향평가 대상사업 또는 사업계획에 대한 환경영향평가서 제출시기를 규정하고 있는 구 환경영향평가법 시행령(2010. 2. 4. 대통령령 제22017호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제23조 [별표 1] 제16호 (가)목에서 정한 ‘기본설계의 승인 전’은 문언 그대로 구 건설기술관리법 시행령제38조의9에서 정한 ‘기본설계’의 승인 전을 의미한다고 해석하는 것이 타당하고, 그렇게 보는 것이 환경영향평가법의 위임 범위를 벗어나는 것도 아니다(사업시행자인 해군참모총장이 이 사건 실시계획 승인처분 전에 피고에게 사전환경성검토서만 제출하였을 뿐 환경영향평가서를 제출하지 않았다는 이유로 이 사건 실시계획 승인처분이 무효라고 판단한 원심을 파기).
	반대 의견	구 국방·군사시설 사업에 관한 법률에 따른 국방·군사시설사업의 경우 환경영향평가법 제16조 제1항의 ‘사업계획 등에 대한 승인 등’은 구 국방사업법 제4조 제1항의 ‘실시계획의 승인’을 의미한다고 보아야 한다. 환경영향평가법 제16조 제1항은 구 국방사업법상 국방·군사시설사업에 대한 실시계획 승인을 받기 전에 환경영향평가서를 제출하도록 규정하면서 그 범위 내에서 구체적인 제출시기를 대통령령에 위임한 것인데, 구 환경영향평가법 시행령 제23조 [별표 1] 제16호 (가)목은 이와 같은 위임 범위를 벗어나 실시계획의 승인이 이루어진 후 실제 공사가 진행되는 과정의 하나로 보이는 ‘기본설계의 승인 전’까지 환경영향평가서를 제출하도록 규정하고 있으므로, 이는 근거가 되는 상위법률에 위반되는 무효인 규정이다(이 사건 승인처분 전에 환경영향평가를 거치지 아니한 하자가 중대·명백하여 위 승인처분이 무효라고 본 원심은 정당). <sup>66)</sup>
자기소유 토지에 토양오염 유발 후 폐기물을 매립한	다수 의견	헌법 제35조 제1항, 구 환경정책기본법, 구 토양환경보전법 및 구 폐기물관리법의 취지와 아울러 토양오염원인자의 피해배상의무 및 오염토양 정화 의무, 폐기물 처리의무 등에 관한 관련 규정들과 법리에 비추어, 토지의 소유자라 하더라도 토양오염물질을 토양에 누출·유출하거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발하였음에도 오염토양을 정화하지 않은 상태에서 오염토양이 포함된 토지를 거래

자의 불법행위 책임에 관한 사건 <sup>67)</sup>		에 제공함으로써 유통되게 하거나, 토지에 폐기물을 불법으로 매립하였음에도 처리하지 않은 상태에서 토지를 거래에 제공하는 등으로 유통되게 하였다면 다른 특별한 사정이 없는 한 이는 거래의 상대방 및 토지를 전전 취득한 현재의 토지 소유자에 대한 위법행위로서 불법행위가 성립할 수 있다. 토양오염을 유발하거나 폐기물을 매립한 종전 토지 소유자는 오염토양 정화비용 또는 폐기물 처리비용 상당의 손해에 대하여 불법행위자로서 손해배상책임을 진다.
	반대 의견	폐기물을 매립한 자 또는 토양오염을 유발시킨 자라는 이유만으로 자신과 직접적인 거래관계가 없는 토지의 전전 매수인에 대한 관계에서 폐기물 처리비용이나 오염정화비용 상당의 손해에 관한 불법행위책임을 부담한다고 볼 수는 없다.

#### 4. 국가보안법 · 과거사 · 기타 분야

2006년부터 2018년까지의 전원합의체 판결 중 본 연구의 분석 대상이 된 국가보안법 · 과거사 · 기타 분야의 사건은 총 16건으로 19개의 세부 쟁점을 포함한다.

조국통일범민족연합사건(2003도758), 송두율 교수사건(2004도4899), 남북공동선언실천연대 사건(2010도1189) 등에서는 국가보안법 위반여부가 문제되었다. ‘과거사 정리’의 맥락에서 분석할 수 있는 사건으로는 대통령 긴급조치 위반사건(2010도5986), 진보당 사건(2008재도11), 진도군 민간인 희생사건(2012다202819), 문인 간첩단 사건(2012다204365), 일제강제 동원피해자 손해배상 사건(2013다61381)이 포함되었다.

기타 영역에는 우리나라의 특수한 정치 사회적 맥락을 고려하여 다음과 같은 사건을 선정하였다. 먼저 정치권력형 비리 사건으로는 한명숙 정치자금법 위반 사건(2013도11650)과 원세훈 전 국정원장의 댓글사건(2015도2625, 2017도14322)이 포함되었다. 동 사건의 경우 유무죄에 대한 판단이 정당의 입장 차이로 나타났다.

64) 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330

65) 대법원 2011. 4. 21. 자 2010무111 전원합의체 결정

66) 대법원 2012. 7. 5. 선고 2011두19239

67) 대법원 2016. 5. 19. 선고 2009다66549

지방자치법 조항의 해석이 문제가 된 사건으로 울산북구청 승진처분 취소사건(2005추62), 조례안제의결무효확인사건(2014추521)이 있다. 상지 학원 임시이사사건(2006다19054)은 사립학교의 설립자로부터 이어지는 인적 연속선상에 있는 종전이사들에 대하여 소의 이익을 인정할 수 있는지 등이 쟁점이 된 사건이다. 김영란(2015)을 참고하여 ‘교육의 공공성’ 과 ‘사립학교의 자율성’ 간의 대립 구도로 진보와 보수에 따른 의견 성향을 분류하였다.

[표 5-4] 국가보안법·과거사·기타 분야 판결에 나타난 의견 대립

사건명	의견 대립의 주요 내용	
울산북구청 승진처분 취소사건 <sup>68)</sup>	다수 의견	[1]지방자치법 제157조 제1항 전문 및 후문에서 규정하고 있는 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되는 경우라 함은 재량권을 일탈·남용하여 위법하게 되는 경우를 포함한다. [2]지방공무원법에서 정한 공무원의 집단행위금지 의무 등에 위반하여 전국공무원노동조합의 불법 총파업에 참가한 지방자치단체 소속 공무원들의 행위는 임용권자의 징계의결요구 의무가 인정될 정도의 징계사유에 해당함이 명백함에도 불구하고, 임용권자인 하급 지방자치단체장이 상급 지방자치단체장의 여러 차례에 걸친 징계의결요구 지시를 이행하지 않고 오히려 그들을 승진임용 시키기에 이른 경우, 위 승진처분은 법률이 임용권자에게 부여한 승진임용에 관한 재량권의 범위를 현저하게 일탈한 것으로서 위법한 처분이라 할 것이다. 따라서 상급 지방자치단체장이 지방자치법 제157조 제1항에 따라 위 승진처분을 취소한 것은 적법하고, 그 취소권 행사에 재량권 일탈·남용의 위법이 있다고 할 수 없다.
	반대 의견	[1]지방자치법 제157조 제1항 후문은 지방자치제도의 본질적 내용이 침해되지 않도록 헌법 합치적으로 조화롭게 해석하여야 하는바 … 지방자치법 제157조 제1항 후문의 ‘법령위반’에 ‘재량권의 일탈·남용’이 포함된다고 보는 다수의견의 해석은 잘못된 것이다. [2]승진처분은 한 공무원의 일순간의 과오만이 아니라 근무기간이나 경력, 근무성적, 상훈 등을 두루 살펴서 행하여지는 것으로서 임용권자의 판단과 재량이 전적으로 존중되어야 하는바, … 위 공무원들의 공적 등 다른 어떠한 사정도 고려함이 없이 단지 그 임용권자인 하급 지방자치단체장이 그들에 대한 징계의결요구를 하였어야 하나 하지 않았다는 이유 하나만으로 위 승진처분이 재량권을 일탈·남용한 것이라고 단정할 수는 없는 것이다. … 상급 지방자치단체장이 위 승진임용처분을 취소함에 있어 오히려 위 불법

		총파업에 참가한 다른 공무원들과의 전국적인 징계의 형평성이나 공직사회 또는 일반 국민들에게 미치는 영향 등 정책적 목적에서 이를 행사한 것임을 숨길 수 없기 때문에, 그러한 취소권 행사는 재량권을 일탈하거나 남용한 것으로서 위법하다.
상지학원 임시이사 사건 <sup>69)</sup>	다수 의견	[1]학교법인에게 인정되는 헌법상의 사학의 자유는 순차로 선임되는 관계에 있다는 점에서 연결선상에 있다고 볼 수 있는 이사들에 의하여 실질적으로 구현되는 것이고, 그 중 종전이사는 보통 학교 법인의 자주성과 정체성을 확보하는 임무와 가장 근접한 위치에 있는 자라 할 수 있으므로 … 결국, 종전이사들은 구 사립학교법상의 임시이사들이 정식이사를 선임하는 내용의 이사회 결의에 대하여 법률상의 이해관계를 가진다고 할 수 있으므로 무효 확인을 구할 소의 이익이 있다. [2]구 사립학교법 제25조 제1항에 의하여 교육인적자원부장관이 선임한 임시이사는 이사의 결원으로 인하여 학교법인의 목적을 달성할 수 없거나 손해가 생길 염려가 있는 경우에 임시적으로 그 운영을 담당하는 위기관리자로서, 민법상의 임시이사와는 달리 일반적인 학교법인의 운영에 관한 행위에 한하여 정식이사와 동일한 권한을 가지는 것으로 제한적으로 해석하여야 하고, 따라서 정식이사를 선임할 권한은 없다고 봄이 상당하다.
	반대 의견	[1]학교법인의 설립목적은 영속성 있게 실현되도록 하는 것이 이사 제도의 본질이라는 다수의견의 견해에는 찬성할 수 없다. 종전 이사들을 학교법인의 자주성과 정체성을 확보하는 임무와 가장 근접한 위치에 있는 자라고 볼 근거가 없고 종전이사들은 구 사립학교법상의 임시이사들이 정식이사를 선임하는 것을 내용으로 하는 이사회결의에 대하여 직접적인 이해관계를 가진다고 볼 수 없다. [2]학교법인은 기본적으로 민법상 재단법인에 해당하는 것이고, 다만 그 조직·운영에 관하여 법적 규제와 행정감독을 강화함으로써 사학의 공공성을 높이기 위하여 사립학교법이라는 특별법에 의하여 설립·운영되는 특수법인으로 규정하고 있는 것으로 보아야 한다. 따라서 학교법인에 대하여는 사립학교법이 우선 적용되나 그 외 사립학교법에 규정되지 않은 사항에 관하여는 민법의 재단법인에 관한 규정이 적용되어야 한다. 따라서 임시이사들로 구성된 이사회에서 정식이사를 선임한 이사회결의를 무효라고 볼 수 없다.
조국통일 범민족연합 사건 <sup>70)</sup>	원심 파기	원심판결 중 북한 방문으로 인한 국가보안법 위반의 점과 집회참석으로 인한 국가보안법 위반의 점을 유죄로 인정한 부분은 파기되어야 한다.
송두울교수 사건 <sup>71)</sup>	원심 파기	원심판결 중 피고인의 1994. 3. 12. 북한 방문으로 인한 국가보안법 위반 유죄 부분은 파기를 면할 수 없다(원심이 유죄로 판단한 부분 중 피고인이 독일 국적을 취득함으로써 대한민국 국적을 상실한 이후에 거주하던 독일에서 출발하여 북한을 방문한 행위에 대하여 국가보안법상 탈출죄에 해당한다고 판단한 부분은 잘못이라는 취지로 원심판결 유죄 부분을 파기 환송 <sup>72)</sup> ).



남북공동선언실천연대 사건 <sup>73)</sup>	다수 의견	<p>[1] 피고인이 주도적으로 활동하여 온 위 실천연대는 그 실질에서 반국가단체로서의 북한의 활동을 찬양·고무·선전하거나 이에 동조하는 행위를 목적으로 삼았고 실제 활동 또한 국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 위험성을 가지고 있는 이른바 이적단체에 해당한다고 보기에 충분하다.</p> <p>[2] 남북공동선언실천연대의 ‘2008년 정기 대의원대회’ 자료집과 ‘우리민족끼리’ 책자 등은 그 내용이 국가보안법의 보호법익인 국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서를 위협하는 적극적이고 공격적인 것으로서, 표현의 자유의 한계를 벗어난 국가보안법상의 이적표현물에 해당한다고 보기에 충분하다.</p> <p>[3] 피고인은 위 표현물의 내용이 이적성을 담고 있음을 인식하고 위 표현물로서 반국가단체 등의 활동에 대한 찬양·고무 등 이적행위를 할 목적으로 위 표현물을 소지하였다고 인정할 수 있다(종전판례 변경<sup>74)</sup>).</p>
	반대 의견	<p>[1] 남북공동선언실천연대는 ‘명백·현존의 위험’ 기준 뿐만 아니라 다수의견이 주장하는 ‘실질적 해악의 (명백한) 위험’ 기준에 따르면 더라도 대한민국의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 대한 위험이 있는 이적단체에 해당한다고 말할 수는 없다.</p> <p>[2] 남북공동선언실천연대의 ‘2008년 정기 대의원대회’ 자료집과 ‘우리민족끼리’ 책자 등은 국가보안법 제7조 제5항이 요구하는 위험의 기준을 충족하지 못하는 표현물로서 이적표현물에 해당하지 않는다.</p> <p>[3]-1. 국가보안법 제7조 제5항이 규정하는 각종 행위는 모두 사상의 표현행위에 해당하므로 이를 금지하고 처벌하기 위해서는 명백·현존하는 위험을 구체적으로 유발시킬 목적이나 의도를 가지고 있다는 점을 엄격한 증명에 의하여 입증하여야 한다.</p> <p>[3]-2. 이적표현물 소지죄에서 이적행위 목적이 지니는 특수한 성질에 비추어 이적표현물 소지자에게 이적행위를 할 목적이 있었다는 점은 향후 그 표현물을 가지고 어떠한 이적행위를 할 계획이나 의사를 가지고 있는지가 구체적으로 드러나고 증명이 되는 경우에만 인정될 수 있다.</p>
대통령 긴급조치 위반 사건 <sup>75)</sup>	종전판례 변경 및 원심 파기	구 대한민국헌법(‘유신헌법’) 제53조에 근거하여 발령된 대통령 긴급조치 제1호는 해제 내지 실효되기 이전부터 유신헌법에 위배되어 위헌이고, 현행 헌법에 비추어 보더라도 위헌이다. 이와 달리 유신헌법 제53조에 근거를 둔 긴급조치 제1호가 합헌이라는 취지로 판시한 다른 대법원판결들은 모두 폐기한다. 원심판결 중 유언비어 날조·유포로 인한 긴급조치 위반 부분에 면소 및 무죄판결에 대한 법리와 긴급조치 제1호의 위헌 여부 판단에 대한 법리를 오해한 위법이 있다(파기하고 직접 무죄를 선고한 사례).
진보당 (조봉암)	원심 파기	원심판결 중 진보당 결성 관련 구 국가보안법 제1조, 제3조 위반 부분과 공동피고인 1 관련 간첩 부분은 각기 판결에 영향을 미친

사건 <sup>76)</sup>		법리오해의 위법이 있어 파기를 면할 수 없고, 이들 각 죄와 원심 판결 중 재심이 개시된 나머지 죄인 무기불법소지에 의한 군정법령 제5호 위반 부분은 경합범으로서 하나의 형이 선고되었으므로, 원심판결 중 피고인에 대한 유죄 부분은 모두 파기되어야 한다.
진도군 민간인 희생사건 <sup>77)</sup>	다수 의견	‘진실·화해를 위한 과거사정리 기본법’에 의한 ‘진실·화해를 위한 과거사정리위원회’의 조사보고서에서 대상 사건 및 시대상황의 전체적인 흐름과 사건의 개괄적 내용을 정리한 부분은 상당한 신빙성이 있다 할 것이지만, …정리위원회의 조사보고서나 처분 내용이 법률상 ‘사실의 추정’과 같은 효력을 가지거나 반증을 허용하지 않는 증명력을 가진다고 할 수는 없다.
	반대 의견	피해자가 정리위원회의 진실규명결정을 증거로 제출하면서 국가를 상대로 국가 소속 공무원의 불법행위를 원인으로 한 손해배상을 청구하는 경우, 진실규명결정은 그 내용에 중대하고 명백한 오류가 있는 등으로 인하여 그 자체로 증명력이 부족함이 분명한 경우가 아닌 한 매우 유력한 증거로서의 가치를 가진다고 할 것이어서 국가가 그 정도의 증명에 이르지 못한 경우에는 함부로 진실규명결정의 증명력을 부정하고 그와 다른 사실을 인정할 수는 없다.
문인 간첩단 사건 <sup>78)</sup>	다수 의견	신청인이 위원회의 보상금 등 지급결정에 동의한 때에는 민주화보상법 제18조 제2항에 따라 재판상 화해와 동일한 효력이 발생하고, 비록 위와 같은 사유를 이유로 나중에 형사 재심절차에서 무죄판결이 확정되었다고 하여 그 부분 피해를 재판상 화해의 효력이 미치는 범위에서 제외할 수는 없다.
	반대 의견	재심절차에 의하여 무죄판결이 확정된 사정을 전혀 도외시키고, 보상금 등 지급결정에 동의하였다는 사정만으로 재심판결에 의한 유죄판결 취소로 새로 밝혀진 억울한 복역 등으로 피해자가 입은 정신적 손해에 대하여 더 이상 손해배상청구권을 행사할 수 없다고 보는 것은 공평과 정의의 관념에 배치됨이 분명하다.
이석기 등 내란음모 사건 <sup>79)</sup>	[1] 다수 의견	내란선동에 있어 시기와 장소, 대상과 방식 등 내란 실행행위의 주요 내용이 선동 단계에서 구체적으로 제시되어야 하는 것은 아니고, 선동에 따라 피선동자가 내란의 실행행위로 나아갈 개연성이 있다고 인정되어야만 내란선동의 위험성이 있는 것으로 볼 수도 없다.
	[1] 반대 의견	내란선동죄에서도 내란음모죄와 마찬가지로 객관적으로 보아 내란의 주요한 부분, 즉 시기, 대상, 수단 및 방법, 실행 또는 준비에 관한 역할분담 등 윤곽에 관하여 어느 정도 개략적으로 특정된 선동이라는 것이 명백히 인정되고 이러한 선동에 따라 피선동자가 내란으로 나아갈 실질적인 위험성이 인정되는 경우에 한하여 범죄가 성립한다고 보아야 한다.
	[2] 다수 의견	내란음모죄에 해당하는 합의가 있다고 하기 위해서는 단순히 내란에 관한 범죄결심을 외부에 표시·전달하는 것만으로는 부족하고 객관적으로 내란범죄의 실행을 위한 합의라는 것이 명백히 인정되고, 그러한 합의에 실질적인 위험성이 인정되어야 한다.

	[2] 반대 의견	모의 참가자들이 합의한 일정한 시기에 자신들이 논의했던 방법이 나 그와 유사한 방식으로 내란의 실행행위로 나아갈 개연성이 크다고 인정되면, 이는 일반적·추상적 합의를 넘어서는 실질적 위협성이 있는 내란 실행에 관한 합의로서 내란음모죄를 구성한다. 따라서 내란음모죄의 성립에 반드시 구체적인 공격의 대상과 목표, 방법 등이 설정되어 있어야 할 필요는 없다.
국정원 덧글사건 <sup>80)</sup>	원심 파기	425지논 파일의 내용 중 상당 부분은 그 출처를 명확히 알기도 어려운 매우 단편적이고 조각한 형태의 언론 기사 일부분과 트윗 글 등으로 이루어져 있으며, 시큐리티 파일의 내용 중 심리전단 직원들이 사용한 것으로 추정된다는 트위터 계정은 그 정보의 근원, 기재 경위와 정황이 불분명하고 그 내용의 정확성·진실성을 확인할 마땅한 방법이 없을 뿐만 아니라 ... 위 두 파일에 포함되어 있는 업무 관련 내용이 실제로 업무수행 과정에서 어떻게 활용된 것 인지를 알기 어렵고 다른 심리전단 직원들의 이메일 계정에서는 위 두 파일과 같은 형태의 문서가 발견되지 않는다는 사정은 위 두 파일이 심리전단의 업무 활동을 위하여 관행적 또는 통상적으로 작성되는 문서가 아님을 보여 준다. ... 업무와 무관하게 작성자의 개인적 필요로 수집하여 기재해 놓은 것으로 보이는 신변잡기의 정보도 포함되어 있어, 위 두 파일이 업무를 위한 목적으로만 작성된 것이라고 보기도 어렵다. 결국 원심이 들고 있는 사유만으로는 위 두 파일이 형사소송법 제315조 제2호 또는 제3호에 정한 문서에 해당하여 당연히 증거능력이 인정된다고 할 수 없다.
	원심	425지논 파일 및 시큐리티 파일은 형사소송법 제315조 제2호의 '기타 업무상 필요로 작성한 통상문서' 및 같은 조 제3호의 '기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서'에 해당하여 증거능력이 있다.
한명숙 정치자금법 위반사건 <sup>81)</sup>	다수 의견	형사소송법 제307조 제1항, 제308조에 따라, 충분한 증명력이 있는 증거를 합리적인 근거 없이 배척하거나 반대로 객관적인 사실에 명백히 반하는 증거를 아무런 합리적인 근거 없이 채택·사용하는 등으로 논리와 경험의 법칙에 어긋나는 것이 아닌 이상, 법관은 자유심증으로 증거를 채택하여 사실을 인정할 수 있다.
	반대 의견	'의심스러울 때는 피고인의 이익으로'라는 명제와 증거재판주의 원칙을 그저 헛된 구호에 그치게 해서는 안 된다. 유죄인정의 근거가 될 수 있는 증거는 증거능력뿐만 아니라 증명력에 대하여도 가능한 한 치밀하게 따져 봄으로써 비록 진범이 처벌을 면하더라도 적어도 무고한 사람은 처벌받지 아니하도록 하는 것이 형사재판의 기본원칙이고 법원의 존재이유이기도 하다. 다수의견은 무죄추정의 원칙에 반하고 증거재판주의에 정면으로 어긋난다.
조례안 재의결 무효확인 <sup>82)</sup>	다수 의견	지방의회 의결의 재의와 제소에 관한 지방자치법 제172조 제4항, 제6항의 문언과 입법 취지, 제·개정 연혁 및 지방자치법령의 체계 등을 종합적으로 고려하여 보면, 지방자치법 제172조 제4항, 제6

		<p>항에서 지방의회 재의결에 대하여 제소를 지시하거나 직접 제소할 수 있는 주체로 규정된 '주무부장관이나 시·도지사'는 시·도에 대하여는 주무부장관을, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사를 각 의미한다.</p>
	반대 의견	<p>… 위 법률조항의 취지가 국가가 지방자치행정의 합법성을 감독하고 국가법질서의 통일성을 유지하려는 데 있다는 점 등에 비추어 보면, 주무부장관은 지방자치단체가 '시·도' 또는 '시·군 및 자치구'인지 관계없이 제소권을 가진다고 보아야 한다. 사후적으로 사법심사를 거쳐 무효화되도록 하는 것은 지방행정의 낭비를 초래하고, … 회복하기 어려운 법질서의 혼란을 가져올 수 있다는 점 등에 비추어 볼 때, 위 법률조항은 이를 사전에 시정하기 위한 제도적 장치로서 지방자치제도의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수 없으므로, 위 법률조항의 적용 범위를 축소하여 해석할 것은 아니다.</p>
국정원 넷글 사건 <sup>283)</sup>	다수 의견	<p>사이버팀 직원들이 한 사이버 활동 중 일부는 구 국가정보원법상 국가정보원 직원의 직위를 이용한 정치활동 관여 행위 및 구 공직선거법상 공무원의 지위를 이용한 선거운동에 해당하고, 이러한 활동을 구 국가정보원법에 따른 직무범위 내의 정당한 행위로 볼 수 없는바 …피고인들에게 구 국가정보원법 위반죄와 구 공직선거법 위반죄를 인정한 원심판단은 정당하다.</p>
	반대 의견	<p>피고인 갑, 을이 순차적·암묵적으로라도 사이버팀 직원들과 선거운동을 공모하였다는 점을 증명할 직접증거가 없으며, 다수의견이 제시한 여러 간접사실 내지 정황사실은 이를 인정하기 위한 증거로 부족하고 합리적 의심을 불러일으키기에 충분한 다른 사정이 있어 피고인 갑, 을에게도 구 공직선거법 위반죄를 인정한 원심판단에 공모에 관한 분명한 증거 없이 유죄를 인정함으로써 증거재판주의 등을 위반한 위법이 있다.</p>
일제 강제동원 피해자 손해배상 <sup>84)</sup>	다수 의견	<p>일제강점기에 강제동원되어 기간 군수사업체인 일본제철 주식회사에서 강제노동에 종사한 갑 등이 위 회사가 해산된 후 새로이 설립된 신일철주금 주식회사를 상대로 한 손해배상청구권은 일본 정부의 한반도에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 일본 기업의 반인도적인 불법행위를 전제로 하는 강제동원 피해자의 일본 기업에 대한 위자료청구권인 점, '대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정'(이하 '청구권협정')은 일본의 불법적 식민지배에 대한 배상을 청구하기 위한 협상이 아니라 한일 양국 간의 재정적·민사적 채권·채무관계를 정치적 합의에 의하여 해결하기 위한 것이었다고 보이는 점, 청구권협정의 협상 과정에서 일본 정부는 식민지배의 불법성을 인정하지 않은 채 강제동원 피해의 법적 배상을 원천적으로 부인하였고, 이에 따라 한일 양국의 정부는 일제의 한반도 지배의 성격에 관하여 합의에 이르지 못하였는데, 이러한 상황에서 강제동원 위자료청구권이 청구권협정의 적용대상에 포함되었다고 보기는 어려운 점 등에 비추어, 갑 등이 주장하는 신일철주금에 대</p>

		한 손해배상청구권은 청구권협정의 적용대상에 포함되지 않는다.
	반대 의견	청구권협정 제2조에서 규정하고 있는 ‘완전하고도 최종적인 해결’이나 ‘어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다’라는 문언의 의미는 개인청구권의 완전한 소멸까지는 아니더라도 ‘대한민국 국민이 일본이나 일본 국민을 상대로 소로써 권리를 행사하는 것은 제한된다’는 뜻으로 해석하는 것이 타당하다. 결국, 대한민국 국민이 일본 또는 일본 국민에 대하여 가지는 개인청구권은 청구권협정에 의하여 바로 소멸되거나 포기되었다고 할 수는 없지만 소송으로 이를 행사하는 것은 제한되게 되었으므로, 갑 등이 일본 국민인 신일철주금을 상대로 국내에서 강제동원으로 인한 손해배상청구권을 소로써 행사하는 것 역시 제한된다고 보는 것이 옳다.
정치적 표현에 의한 명예훼손 불법행위 사건 <sup>85)</sup>	다수 의견	정치적·이념적 논쟁 과정에서 통상 있을 수 있는 수사학적인 과장이나 비유적인 표현에 불과하다고 볼 수 있는 부분에 대해서까지 금기시하고 법적 책임을 지우는 것은 표현의 자유를 지나치게 제한하는 결과가 될 수 있다.
	반대 의견	그동안 우리 사회에서 ‘종북’, ‘주사파’, ‘▽▽▽▽연합’이라는 용어는 그러한 입장으로 규정된 사람들을 민주적 토론의 대상에서 배제하기 위한 공격의 수단으로 사용되어 온 측면이 있다. 합리적이고 민주적인 토론을 통한 민주주의의 성숙을 위하여 위와 같은 극단적 표현들은 자제되어야 한다. … 상대방의 존재를 부정하고 토론 자체를 봉쇄하는 표현에 대해서는 일정한 제한이 필요하다.

68) 대법원 2007. 3. 22. 선고 2005추62

69) 대법원 2007. 5. 17. 선고 2006다19054

70) 대법원 2008. 4. 17. 선고 2003도758

71) 대법원 2008. 4. 17. 선고 2004도4899

72) 대법원 보도자료, 2008. 04. 17., <https://scourt.go.kr/portal/news/NewsViewAction.work?seqnum=509&gubun=6&searchOption=&searchWord=>

73) 대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189

74) 국가보안법 제7조 제5항의 죄는 행위자가 표현물의 이적성을 인식하고 제5항의 행위를 하였다고 하더라도 이적행위를 할 목적이 인정되지 아니하면 그 구성요건은 충족되지 아니한다. 구성요건을 이루는 사실에 대한 증명책임은 검사에게 있으므로 행위자에게 이적행위를 할 목적이 있었다는 점은 검사가 증명하여야 하며, 행위자가 이적표현물임을 인식하고 제5항의 행위를 하였다는 사실만으로 그에게 이적행위를 할 목적이 있었다고 추정해서는 아니된다. 이와 달리 이적표현물임을 인식하면서 취득·소지 또는 제작·반포하였다면 그 행위자에게는 위 표현물의 내용과 같은 이적행위를 할 목적이 있는 것으로 추정된다는 취지로 판시한 대법원 1992. 3. 31. 선고 90도2033 전원합의체 판결을 비롯하여 이 사건 전원합의체 판결의 견해에 배치되는 다른 대법원 판결들을 변경한다(대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189).

75) 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986

76) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008재도11

## 5. 종합

살펴본 바와 같이 사법적 의사결정에는 불확정성이 내재한다. 현실에서는 삼단 논법의 대 전제가 되는 법이 명료하지 않으며, 사실인정 역시 법관의 판단에 달려있다. 그리고 이러한 영역에서의 법관의 재량은 소송의 승패를 번복시킬 수 있을 정도로 크다(이상수, 2009).

법 해석이 불확정적이라는 것은 법 자체의 속성에서 기인하는 특성이다. 법 규정은 추상적이고 모호하다. 세상일의 무궁무진한 다양성을 미리 언어적 표현으로 다 담을 수는 없으며 설사 가능하다고 하더라도 경직적인 결과를 가져올 수 있으므로 바람직하지도 않다(양건, 2015:165). 이러한 연유로 법 해석에는 넓은 선택의 여지가 있게 된다.

사실 인정의 불확정성이란 사법적 사실이 객관적 사실과 일치하지 않을 수 있음을 의미한다. 무죄판결이 객관적으로 죄가 없음을 의미하지는 않는 것과 같다. 이러한 사실인정의 불확정성을 가져오는 요인으로는 인간 능력의 한계, 수사기관의 안팎에서 수사 의지에 미치는 힘의 강도나 방향 등이 있다(양건, 2015:164). 재판과정에서도 어떤 증거를 받아들일지는 판사에 의해 결정된다.

초법규 모형은 바로 이와 같은 법해석이나 사실인정의 과정에 내재하는 불확정적 영역을 통해 판사 개인의 성향·성품과 판사에 대한 환경적 자극 등 사회적 힘이 재판에 작용할 수 있음을 전제로 한다(양건, 2015:164-165). 의견의 대립 양상에서 확인할 수 있듯이, 논리적 형태의 이면에는 서로 경쟁하는 상대적 가치 및 중요성에 대한 판단이 자리 잡고 있으며, 법관 자신이 그러한 선이해의 영향을 받을 수밖에 없다는 것

---

77) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819

78) 대법원 2015. 1. 22. 선고 2012다204365

79) 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978

80) 대법원 2015. 7. 16. 선고 2015도2625

81) 대법원 2015. 8. 20. 선고 2013도11650

82) 대법원 2016. 9. 22. 선고 2014추521

83) 대법원 2018. 4. 19. 선고 2017도14322

84) 대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381

85) 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다61654

을 의식하는지 여부와 무관히 재판 과정에는 선이해의 근거에 있는 정치적, 정책적 혹은 윤리적 판단이 개입하게 된다(Oliver Wendell Holmes, 1897; 양건, 2015:140 재인용; 정태호, 2017:42).

## 제 2 절 사법부 결정의 이념적 성향 분석 결과

2006년부터 2018년까지의 대법원 전원합의체 판결 236건 중 본 연구의 분류 기준에 따라 이념 대립으로 분석이 가능한 판결은 총 60건으로 25.4%에 해당한다.

분석 대상 판결 60건의 분석 대상 쟁점 66개의 판결 결과(법정의견)를 분석한 결과는 [표 5-5]와 같다. 진보로 분류된 쟁점은 45.5%인 30개이며 보수와 중도는 각각 53.0%, 1.5%인 35건과 1건으로 분류되었다.

이용훈 대법원장 시기의 분석 대상 쟁점 수는 34개, 양승태 대법원장 시기의 분석 대상 쟁점 수는 26개, 김명수 대법원장 시기의 쟁점 수는 6개이다. 단, 김명수 대법원장 시기의 경우 분석 대상이 6개에 불과하여 이를 바탕으로 이념적 성향을 판단하는 데에는 주의를 요한다.

법정 판결 방향(Decision Direction)을 기준으로, 진보로 분류된 전원합의체 판결의 쟁점은 이용훈 대법원장 시기의 경우 15개(44.1%), 양승태 대법원장 시기의 경우 11개(42.3%), 김명수 대법원장 시기의 경우 4개(66.7%)이다. 한편 이는 국가보안법·과거사·기타 분야를 기준으로 할 때 각각 4개(44.4%), 2개(28.6%), 2개(66.6%)로 나타나고 있어 이념적 분포의 차이가 더 뚜렷이 나타나고 있음을 알 수 있다.

다만, 전체 분야를 종합적으로 볼 때 이용훈 대법원장과 양승태 대법원장 시기의 방향성은 확인되나 상대적 차이는 그다지 크지 않은 것으로 나타났는데 이러한 결과는 우리나라 사법부에 대한 국민 인식과는 일부 차이가 있다.

이는 부분적으로 본 연구의 분석대상에서 기인하는 측면이 존재할 것이다. 본 연구에서는 사법부 결정의 이념적 성향을 분석하기 위해 2006년부터 2018년까지의 전원합의체 판결 중 의견이 대립하는 판결들을 대상으로 하여 이념적 분류가 가능하거나 의미 있다고 판단되는 판결들을 모두 선정하였는데, 전원합의체는 종전에 대법원에서 판시(判示)한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석 적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있다고 인정하는 경우를 포함하므로(법원조직법 제7조 제1항 제3호) 다른 대



법원 판결에 비해 그 자체로 진보적인 성격을 지닐 여지가 크다. 또한 각 정당이 뚜렷한 입장의 차이를 보이고 있지 않은 판결들도 분석 대상에 포함하므로 국민들이 인식하는 이념성향에 비해 그 차이가 희석되어 나타날 가능성이 존재한다. 만일 시국사건 등 정치사회적으로 이슈화된 판결만을 대상으로 다시 분석할 경우, 이념성향의 차이는 보다 크게 나타날 수 있다. 또한 현실에서는 법관 간에 의견이 일치하는 소부 판결 역시 이념적 평가와 비판의 대상이 되기도 하므로 소부 판결을 포함할 경우 분석 결과는 달라질 수 있다.

또한 동 수치는 판결의 결과 즉, 다수의견의 성향을 기준으로 하므로 각 판결에서 몇 명의 대법관들이 표결했는지는 반영하지 않는 한계가 있다. 이에 각각의 분석 대상 쟁점에 대하여 이념성향 지수(JI)를 도출한 후, 대법원장 시기별·분야별 평균을 비교하면 [표 5-6]과 같다.

[표 5-5] 분석 대상 쟁점의 이념적 분포

(단위: 개, %)

대법원장	분야	진보	중도	보수	계
이용훈	사회·문화	8 (53.3)	-	7 (46.7)	15 (100.0)
	경제활동·노동	3 (37.5)	-	5 (62.5)	8 (100.0)
	환경	-	-	2 (100.0)	2 (100.0)
	국보법·과거사기타	4 (44.4)	1 (11.1)	4 (44.4)	9 (100.0)
	계	15 (44.1)	1 (2.9)	18 (52.9)	34 (100.0)
양승태	사회·문화	4 (50.0)	-	4 (50.0)	8 (100.0)
	경제활동·노동	4 (44.4)	-	5 (55.5)	9 (100.0)
	환경	1 (50.0)	-	1 (50.0)	2 (100.0)
	국보법·과거사기타	2 (28.6)	-	5 (71.4)	7 (100.0)
	계	11 (42.3)	-	15 (57.7)	26 (100.0)
김명수	사회·문화	2 (100.0)	-	-	2 (100.0)
	경제활동·노동	-	-	1 (100.0)	1 (100.0)
	환경	-	-	-	0 (100.0)
	국보법·과거사기타	2 (66.7)	-	1 (33.3)	3 (100.0)
	계	4 (66.7)	-	2 (33.3)	6 (100.0)
계		30 (45.5)	1 (1.5)	35 (53.0)	66 (100.0)

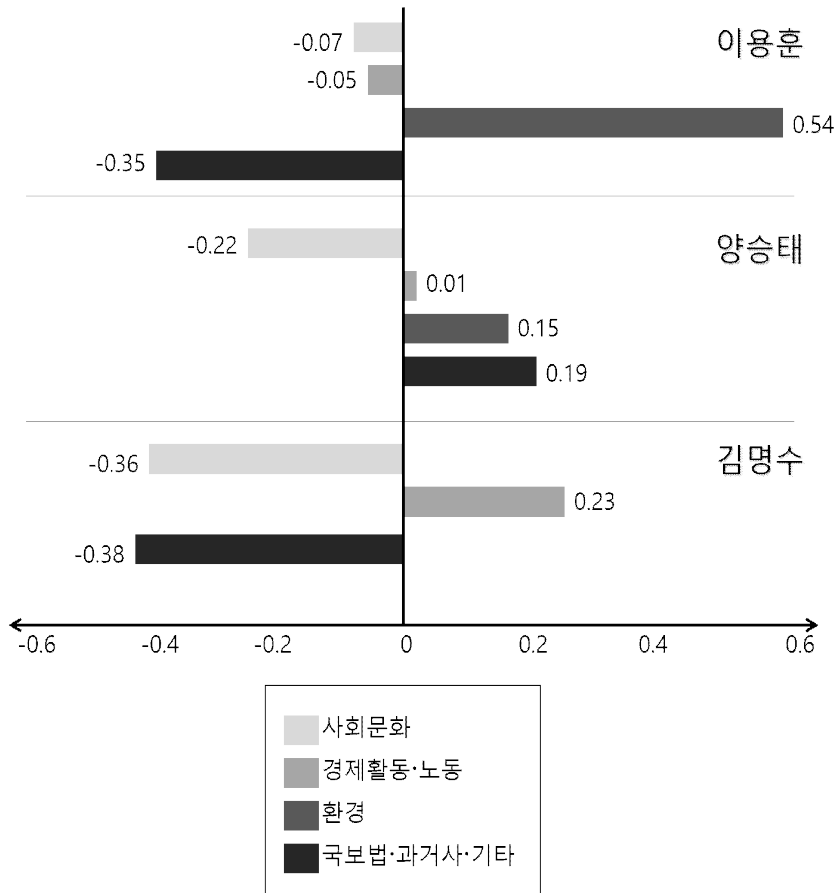
주 1) KIKO사건의 경우 동일한 선고일에 당사자를 달리하는 4개의 전원합의체 판결에서 유사한 결론이 내려지고 있어, 분석 시 한 개의 쟁점으로 처리함

[표 5-6] 대법원장 시기별·분야별 전원합의체 판결의  
평균 이념 성향 지수

대법원장	이용훈	양승태	김명수
임명권자	노무현	이명박	문재인
재임기간	2005.9 ~ 2011.9	2011.9 ~ 2017.9	2017.9 ~ 현재
분석 대상 쟁점 수	34	26	6
사회문화	-0.07	-0.22	-0.36
경제노동	-0.05	0.01	0.23
환경	0.54	0.15	.
국가보안법· 과거사·기타	-0.35	0.19	-0.38
계	-0.10	0.00	-0.27

주 1) 표의 결과는 각 분석 쟁점의 이념지수  $JI = (C-L)/X$  (단,  $X=C+M+L$ ,  
 $C$ 는 보수적 표결 수,  $M$ 은 중도적 표결 수,  $L$ 은 진보적 표결 수,  $X$ 는 분  
 석 대상 총 표결 수를 의미,  $-1 \leq JI \leq 1$ )의 평균임

[그림 5-1] 대법원장 시기별·분야별 전원합의체 판결의 평균 이념성향



먼저 모든 영역을 종합한 결과를 놓고 보면 대법원장 시기별로 전원 합의체 판결의 이념성향에 차이가 나타났다. 양승태 대법원장 시기의 전원 합의체 판결의 이념 성향은 평균 0.00으로 나타났는데 반해 이용훈 대 법원장 시기의 판결은 (-)0.10, 김명수 대법원장 시기의 이념성향은 (-)0.27로 나타나 진보적 성향의 판결이 상대적으로 많았음을 보여주고 있다.

이념 성향의 영역별 분석 결과는 이용훈 대법원장과 양승태 대법원장 시기를 중심으로 기술하고자 한다. 이는 김명수 대법원장 시기의 판결

사례수가 6개에 불과해 일반화된 특징으로 해석하는데 어려움이 있기 때문이다.

먼저, 사회·문화영역의 경우, 이용훈 대법원장 시기(-0.07)와 양승태 대법원장 시기(-0.22) 모두 진보적인 것으로 나타났으며 양승태 대법원장의 시기에 진보성 수치가 더 높게 나타난 결과를 보였다. 양승태 대법원장 시기의 이주노동자 노동조합 합법화 사건, 자살 군인 국가유공자 결정 사건, 아내 강간 인정 사건, 학교안전법 시행령 조항의 효력에 관한 사건 등은 본 연구의 분석 기준에 따를 때 시민의 권리 및 사회적 약자의 권리를 신장시킨 판결로 평가되어 분석 결과에 영향을 주었다. 이에 반해 전교조 시국선언 사건, 국립대 기성회비 사건, 고성 군부대 사건 등은 보수적 판결로 분류되었다.

경제활동 및 노동 분야에서는 이용훈 대법원장과 양승태 대법원장 시기의 이념성향이 각각 진보와 보수로 방향성의 차이를 보이고 있다. 환경 분야의 경우 4개의 전원합의체 판결을 대상으로 분석한 결과, 이용훈 대법원장 시기가 양승태 대법원장 시기보다 더 보수적인 것으로 나타났다. 이용훈 대법원장 시기의 분석 대상 환경 분야 판결은 새만금 사건(2006두330)과 4대강 집행정지 사건(2010무111)이다. 양 판결에서는 모두 환경의 가치와 대규모 국책사업의 가치가 충돌하였고(김영란, 2015) 결과는 각각 11 : 2와 9 : 4로 보수적 의견이 다수를 차지하였다. 전원합의체에 회부된 환경관련 사건이 2건에 불과하여 이를 통해 이념성향을 판단하는 것에 무리가 없는 것은 아니지만, 대규모 국책사업과 관련한 우리나라 사법부의 판단이 현상 유지에 가까웠다고 평가할 수 있을 것이다.<sup>86)</sup>

한편, 이용훈 대법원장 시기와 양승태 대법원장 시기에 가장 두드러지게 차이가 나타나는 분야는 국가보안법·과거사·기타 분야로 이념성향이 각각 (-)0.35와 0.10으로 나타났다. 국가보안법·과거사·기타 분야는

---

86) 김영란(2015:233)은 새만금 사건에 대하여 다음과 같이 서술하고 있다. “새만금 판결에서는 대법원 스스로 지나치게 사법적으로 자제한 면이 있다. 막대한 돈이 투입되었으므로 어쨌든 사업을 지속해야 한다는 당위성이 은연 중 작용한 것이다. 또한 막대한 돈이 투자된 이상 그 사업은 어쨌든 성공할 것이라는 또는 성공해야 한다는 막연한 개발주의 지향 사고가 작용했다고도 볼 수 있다”

본 연구가 분류한 세 가지 영역 중, ‘이념적 편향’의 문제와 가장 밀접한 관련이 있는 분야로 동 분야에서 나타나는 대법원 시기별 판결 방향의 차이는 불편부당성과 관련한 사법부에 대한 국민의 불신이 전혀 근거 없는 것은 아님을 보여준다.

이용훈 대법원장은 취임사에서 ‘독재와 권위주의 시대를 지나면서 사법부가 정치권력으로부터 독립을 제대로 지켜내지 못한 과거를 갖고 있다’는 취지의 발언을 하였고, 야당 의원들로부터 정치적 독립성에 대한 우려를 받은 바 있다.<sup>87)</sup> 이용훈 대법원장은 실제로 취임 이후 사법부 과거사 정리를 적극적으로 추진한 것으로 평가되는데<sup>88)</sup>, 그러한 사실이 본 연구의 분석 결과에 잘 드러나 있다. 결국 현실에서 대법원장 임명을 둘러싸고 나타나는 여야 간의 정치적 공방은 대법원장 취임 이후 나타나는 판결의 방향성에 대한 우려와 무관하지 않은 것으로 풀이된다.

양승태 대법원장 시기의 판결 또한 주목할 만한 특징을 보여주고 있다. 2015년 7월 16일에 선고된 원세훈 전 국정원장의 댓글사건 전원합의체 판결(2015도2625)은 유죄인정의 핵심 근거가 되는 425지는 파일 및 시큐리티 파일에 대하여 증거능력이 없다는 취지로 만장일치로 원심을 파기하여 보수 편향의 판결이라는 평가를 받은 바 있다.<sup>89)</sup> 합의에 참여한 대법관은 총 13명으로, 양승태 대법원장을 포함하여 이명박 대통령이 임명한 대법관 10명, 박근혜 대통령이 임명한 대법관 3명으로 구성되어 본 분석 결과에 영향을 주었음이 확인된다.

요컨대, 대법원장 시기별 및 분야별로 이념적 지형의 차이가 확인되며, 국가보안법·과거사·기타 분야에서 이러한 차이가 두드러지게 나타나고 있다. 이러한 결과는 우리나라의 역사적·정치적 맥락 및 분단국가의 현실과 관련한다.

한편, 이러한 결과를 대법관 구성의 문제와 연결 지어 해석하는 데에

---

87) 중앙일보, “사법부 과거사 정리 놓고 설전”, 2005.10.05., <https://news.joins.com/article/1694546>, 접속일자 2019.05.20

88) 매일경제, “사법부 과거사 정리 작업, 대법원장이 판결문 직접검토”, 2006.03.07., <https://www.mk.co.kr/news/home/view/2006/03/85264/> 접속일자 2019.05.20.

89) 로팩트, “박범계, “양승태 대법원장 체제, 전원합의체 판결 보수 획일화”, 2017.10.11., [http://www.lawfact.co.kr/news\\_view.jsp?cg\\_id=&c\\_id=&ncd=756](http://www.lawfact.co.kr/news_view.jsp?cg_id=&c_id=&ncd=756).

는 주의를 요한다. 각 대법관의 임기가 상이하여, 대법원장이 새롭게 취임하는 경우라 하더라도 기간을 두고 대법관의 구성이 변화하기 때문이다. 따라서 대법원장 시기별로 나타나는 이념적 지형의 차이가 대법관 구성으로부터 연유한 것인지를 확인하기 위해서는 대법관의 특성에 따라 표결에 차이가 있는지를 중심으로 별도의 분석을 요한다.

### 제 3 절 대법관 의견 성향 분석

#### 1. 대법관별 의견 성향 분석

2006년~2018년까지의 분석 대상 전원합의체 판결 60건에 나타난 66개의 쟁점(845개의 표결)을 바탕으로 한 대법관 별 의견 성향의 분석 결과를 나타내면 [표 5-7]과 같다.

분석 시기를 한정된 관계로, 대법관에 따라 참여 표결 수가 매우 적게 되는 경우가 존재하였다. 가령, 강신욱, 이규홍, 이강국, 손지열, 박재운 대법관 등의 경우 이들의 진보적 표결 비율 값에서 유의미한 결과를 해석하기 어려울 것이다. 이에 여기서는, 적어도 참여 표결 수가 분석 대상 대법관의 평균값인 19 이상인 대법관만을 대상으로 살펴보고자 한다. 이 경우에도 대법관 개개인에 따라 진보적 표결 참여 비율이 상당 수준의 격차를 보이고 있는데 극단적으로 최소 20.5%(민일영 대법관)부터 최대 91.2%(박시환 대법관)까지의 범위를 나타내고 있다.

이러한 결과는 사법적 의사결정 과정에 있어서 객관적인 법규적 요인 외에도 대법관 개개인마다의 상이한 주관적 특성이 영향 요인으로 작용하고 있음을 보여준다. 진보적 의견의 제시가 대법관 사이에서 유사한 비율로 나타나는 무작위적인 특성에 기인하기보다 대법관 개인의 이념적 특성을 체계적으로 반영하는 것으로 파악될 수 있음을 시사하는 것이다. 이와 더불어 이론적으로는 앞에서 살펴본 초법규 모형을 지지하는 하나의 실증적인 근거가 된다고 할 수 있을 것이다.

[표 5-7] 대법관별 의견성향 분석

대법관 · 대법원장	제청	임명	참여 표결 수	진보적 표결 수	진보적 표결의 비율 (%)	이념 성향 (J)
강신욱	최종영	김대중	2	1	50.0	0.00
이규홍	최종영	김대중	1	0	0.0	1.00
이강국	최종영	김대중	2	1	50.0	0.00
손지열	최종영	김대중	2	0	0.0	1.00
박재윤	최종영	김대중	2	0	0.0	1.00
고현철	최종영	김대중	13	6	46.2	0.08
김용담	최종영	노무현	7	2	28.6	0.43
김영란	최종영	노무현	23	20	87.0	-0.74
이용훈		노무현	33	15	45.5	0.06
김황식	이용훈	노무현	9	2	22.2	0.56
박시환	이용훈	노무현	34	31	91.2	-0.82
김지형	이용훈	노무현	34	29	85.3	-0.71
이홍훈	이용훈	노무현	27	20	74.1	-0.52
박일환	이용훈	노무현	18	10	55.6	-0.11
김능환	이용훈	노무현	37	17	45.9	0.05
전수안	이용훈	노무현	37	32	86.5	-0.76
안대희	이용훈	노무현	36	10	27.8	0.39
차한성	이용훈	이명박	24	9	37.5	0.21
양창수	이용훈	이명박	33	6	18.2	0.52
신영철	이용훈	이명박	35	9	25.7	0.43
민일영	이용훈	이명박	39	8	20.5	0.56
이인복	이용훈	이명박	35	25	71.4	-0.46
이상훈	이용훈	이명박	31	20	64.5	-0.29
박병대	이용훈	이명박	19	7	36.8	0.26
양승태		이명박	52(26)	20(9)	38.5	0.19
김용덕	양승태	이명박	26	13	50.0	0.00
박보영	양승태	이명박	26	14	53.8	-0.08
고영한	양승태	이명박	20	9	45.0	0.10
김창석	양승태	이명박	23	7	30.4	0.39
김신	양승태	이명박	24	15	62.5	-0.25
김소영	양승태	이명박	27	18	66.7	-0.33
조희대	양승태	박근혜	23	10	43.5	0.13
권순일	양승태	박근혜	21	11	52.4	-0.05
박상옥	양승태	박근혜	17	9	52.9	-0.06



이기택	양승태	박근혜	12	5	41.7	0.17
김재형	양승태	박근혜	8	5	62.5	-0.25
조재연	양승태	문재인	6	3	50.0	0.00
박정화	양승태	문재인	6	6	100.0	-1.00
김명수		문재인	6	4	66.7	-0.33
민유숙	김명수	문재인	6	6	100.0	-1.00
김선수	김명수	문재인	3	3	100.0	-1.00
이동원	김명수	문재인	3	3	100.0	-1.00
노정희	김명수	문재인	3	3	100.0	-1.00

주 1) 임명 시기 순 정렬이며, 양승태 대법원장의 경우 괄호 안의 수치는 최종 영 대법관의 제청으로 노무현 대통령이 임명하여 대법관으로 재직한 2011년까지의 표결임

## 2. 임명권자 특성에 따른 비교

이하에서는 임명권자의 정치적 특성이라는 대법관 구성 요인에 따라 의견 성향의 차이가 있는지를 분석한다. 정치적 특성의 경우, 임명권자가 김영삼·이명박·박근혜 대통령이면 보수로, 김대중·노무현·문재인 대통령이면 진보로 파악한다. 비교 변수는 진보적 의견의 비율과 이념성향(JI)이다.

환경 분야의 경우 분석 대상 판결이 4건이므로 경제활동 및 노동 분야에 포함하여 분석하였다. H. J. Spaeth의 분류도 환경 분야의 쟁점을 경제활동 및 노동 분야에 포함하여 분석하고 있다.

다만 본 연구는 한정된 기간을 분석 대상으로 하여, 대법관 별로 참여 표결 수가 상당한 차이를 보이고 있다. 따라서 개개인의 진보적 표결 비율의 산술평균을 도출하는 방식으로는 개개인의 참여 표결 수가 가중치로 반영되지 않는 문제가 있다. 이에 본 연구에서는 집단별 특성을 비교하기 위하여, 해당 집단이 행한 총 표결을 분모로 하고 해당 집단 내에서 제시된 진보적 의견의 수를 분자로 한 비율을 사용한다. 이는 결국 개개인의 표결 수를 가중치로 한 진보적 표결비율의 가중평균과 동일하다. 중도 표결의 수를 반영하기 위해 이념지수를 함께 분석하고자 하며 동 지수 역시 참여 표결 수를 가중치로 사용한다.

[표 5-8] 임명권자 정치적 특성에 따른 표결의 분포

(단위: 개)

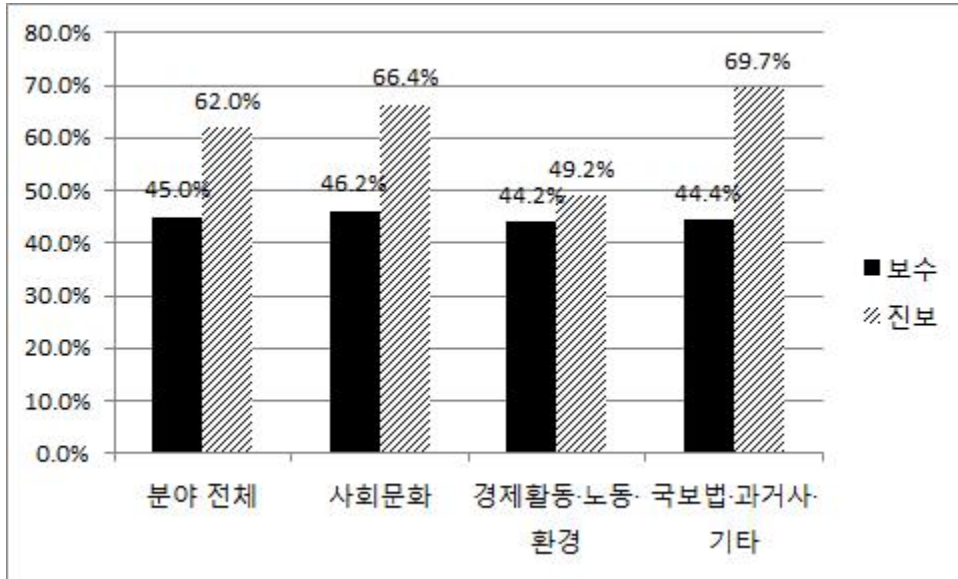
임명권자 특성 분야	보수				진보			
	총 표결	진보	중도	보수	총 표결	진보	중도	보수
사회·문화	171	79	4	88	149	99	1	49
경제활동· 노동·환경	163	72	1	90	118	58	3	57
국가보안법· 과거사·기타	135	60	4	71	109	76	4	29
소 계	469	211	9	249	376	233	8	135

[표 5-9] 임명권자 정치적 특성에 따른 이념성향 비교

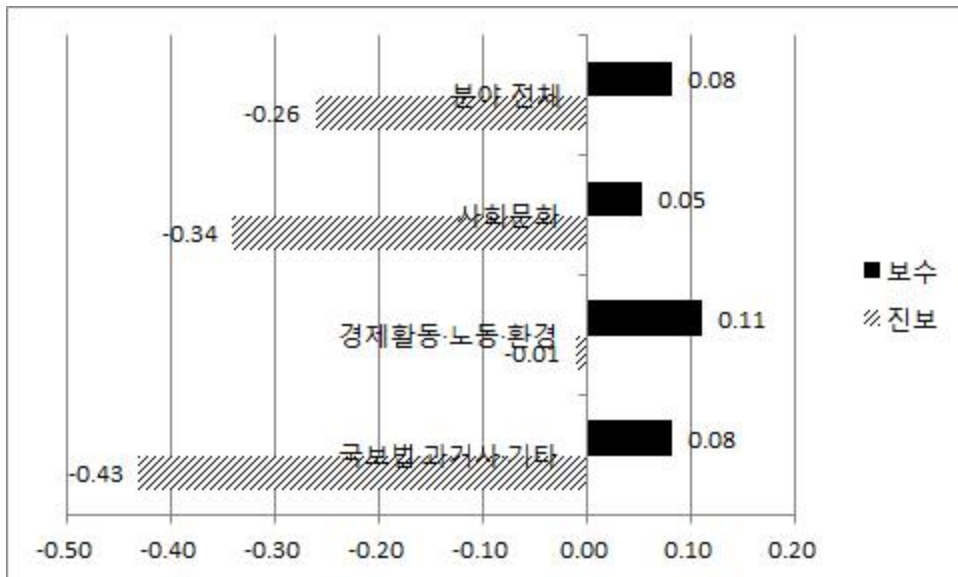
임명권자 특성 분야	보수			진보		
	총 표결	진보적 표결 수 (비율)	이념 지수 (JI)	총 표결	진보적 표결 수 (비율)	이념 지수 (JI)
사회·문화	171	79 (46.2%)	0.05	149	99 (66.4%)	-0.34
경제활동· 노동·환경	163	72 (44.2%)	0.11	118	58 (49.2%)	-0.01
국가보안법· 과거사·기타	135	60 (44.4%)	0.08	109	76 (69.7%)	-0.43
소 계	469	211 (45.0%)	0.08	376	233 (62.0%)	-0.26

주 1) 보수의 경우 이명박·박근혜 대통령이, 진보의 경우 김대중·노무현·문재인 대통령이 임명한 경우를 말함

[그림 5-2] 임명권자 정치적 특성에 따른 의견성향 비교  
(진보적 표결의 비율)



[그림 5-3] 임명권자 정치적 특성에 따른 의견성향 비교  
(이념 성향 지수)



[표 5-10] 임명권자 정치적 특성에 따른 분야별 표결 분포

(단위: 표결 수, %)

(a) 분야 전체

	보수	진보
진보표결	211 (45.0)	233 (62.0)
보수표결	258 (55.0)	143 (38.0)
소 계	469 (100.0)	376 (100.0)

(b) 사회문화

	보수	진보
진보표결	79 (46.2)	99 (66.4)
보수표결	92 (53.8)	50 (33.6)
소 계	171 (100.0)	149 (100.0)

(c) 경제활동·노동·환경

	보수	진보
진보표결	72 (44.2)	58 (49.2)
보수표결	91 (55.8)	60 (50.8)
소 계	163 (100.0)	118 (100.0)

(d) 국가보안법·과거사·기타

	보수	진보
진보표결	60 (44.4)	76 (69.7)
보수표결	75 (55.6)	33 (30.3)
소 계	135 (100.0)	109 (100.0)

- 주 1) 임명권자 특성으로 진보는 노무현·문재인 대통령, 보수는 이명박·박근혜 대통령이 임명한 경우를 의미함.
- 2) 보수표결은 중도표결을 포함.
- 3)  $d.f = 1$ ,  $p < .05$ 의 유의 수준에서( $\chi^2 = 3.841$ ), 분야 전체( $\chi^2 = 24.1269$ ,  $p < .05$ )와 사회문화( $\chi^2 = 13.21971$ ,  $p < .05$ ) 및 국가보안법·과거사·기타 분야( $\chi^2 = 15.6226$ ,  $p < .05$ )의 의견 성향의 차이가 유의미하게 나타난다. 경제활동·노동·환경분야의 경우 의견 성향의 차이가 유의미하게 나타나지 않음( $\chi^2 = 0.68304$ ,  $p = .4085$ ).

본 연구에서는 [표 5-8]의 결과에 대하여 통계적 검정을 함께 시행하였으며 그 결과는 [표 5-10]과 같다. 독립변수로는 임명권자의 정치적 특성(진보 혹은 보수)을, 종속변수로는 진보적 표결과 보수적 표결(중도 표결 포함)을 대상으로 하여 2×2 교차 표에서 분야별로 카이제곱( $\chi^2$ ) 검정을 시행하였다. 여기서 중도와 보수를 별도로 구분하지 않은 이유는 중도표결의 비중(2.0%)이 작을 뿐만 아니라 다른 표결과 확실하게 구분되는 “진보적” 표결에 초점을 두고 동 비율에 차이가 있는지를 측정하고자 했기 때문이다.

전 분야에 걸쳐 볼 때 진보적 표결의 비율은 임명권자 성향이 보수인 경우 45.0%, 진보인 경우 62.0%로, 임명권자의 특성에 따라 의견 성향의 차이가 유의미하게 나타났다( $d.f=1$ ,  $\chi^2=24.1269$ ,  $p<.05$ ) 중도 표결을 고려한 변수인 이념성향 지수를 보더라도 임명권자 성향이 보수인 경우 0.08, 진보인 경우 (-)0.26으로 방향성의 차이가 확인된다.

분야별로는, 사회문화 영역의 경우 진보적 표결의 비율은 임명권자 성향이 보수인 경우 46.2%, 진보인 경우 66.4%로, 임명권자의 정치적 특성에 따른 의견 성향의 차이가 유의미하게 나타났다( $d.f=1$ ,  $\chi^2=13.21971$ ,  $p<.05$ ). 반면, 경제활동·노동·환경 영역의 경우 진보적 표결의 비율은 임명권자 성향이 보수인 경우 44.2%, 진보인 경우 49.2%로, 임명권자의 정치적 특성에 따른 의견성향의 차이가 유의미하지 않게 나타났다( $d.f=1$ ,  $\chi^2=0.68304$ ,  $p=.4085$ ).

국가보안법·과거사·기타 영역의 경우 진보적 표결의 비율은 임명권자 성향이 보수인 경우 44.4%, 진보인 경우 69.7%로, 임명권자의 정치적 특성에 따른 의견성향의 차이가 유의미하게 나타났다( $d.f=1$ ,  $\chi^2=15.6226$ ,  $p<.05$ ).

분야별로 볼 때, 이념성향의 차이는 국가보안법·과거사·기타 분야, 사회문화, 경제활동·노동·환경 분야 순으로 나타나고 있다. 따라서 임명권자 특성에 따른 의견 성향의 차이는 국가보안법·과거사·기타 분야에서 가장 크게 기인하였음을 추론할 수 있다. 국가보안법·과거사·기타 분야는 본 연구가 분류한 세 가지 영역 중, 우리나라의 정치사회적

맥락을 고려할 때 정치적 이슈와 가장 밀접한 관련이 있는 분야이다. 동 분야에서 나타나는 뚜렷한 의견 성향의 차이는, 대법원장·대법관 인사 청문회에서 국가보안법·과거사 등 우리 사회에서 특히 정치적으로 민감한 영역을 둘러싸고 여야 간 논쟁이 치열하게 벌어지는 이유를 잘 설명해준다.

이러한 결과는 먼저 대통령의 정치성향에 따라, 대통령이 임명하는 대법원장의 성향에도 차이가 나타나기 때문일 것이다. 이용훈 대법원장은 2004년 4월 노무현 대통령 탄핵심판 사건 당시 대통령의 법률대리인단에 참여한 경력이 있으며 2005년 노무현 대통령에 의해 대법원장으로 임명되었다. 과거사 정리는 노무현 대통령이 대법원장 임명 시에 중요하게 고려한 요인으로 판단되는데, 이 대법원장은 1972년 계엄사범들에게 가벼운 형을 선고하거나 무죄를 선고하였으며 1972년부터 1987년까지 형사재판을 맡지 않아, 동료 고위 법관들과 달리 사법부의 과거사 문제에서 자유로웠다고 평가된다(이춘재 외, 2013; 권석천, 2017). 노무현 대통령에 의해 임명된 이용훈 대법원장은 취임사에서 ‘독재와 권위주의 시대를 지나면서 사법부가 정치권력으로부터 독립을 제대로 지켜내지 못한 과거를 갖고 있다’는 취지의 발언을 하였고, 야당 의원들로부터 정치적 독립성에 대한 우려를 받은 바 있다.<sup>90)</sup>

이명박 대통령에 의해 임명된 양승태 대법원장은 2010년 11월 용산참사 상고심의 주심으로 당시 시위에 참여했던 철거민들에게 모두 실형을 선고하였고, 증권선물거래소 로비 점거 농성을 벌인 코스콤 비정규직 근로원들에게 무죄를 선고한 원심을 유죄 취지로 파기한 바 있어 보수적인 판결 성향이 청문회에서 문제로 지적되었다.<sup>91)</sup>

한편, 노무현 대통령이 임명한 대법관은 이용훈 대법원장을 제외하고 총 11명이다. 이 중 절반에 해당하는 김영란, 박시환, 김지형, 이홍훈, 전수안 대법관 5인은 이른바 ‘독수리 5남매’로 일컬어지며 다음에서 보

---

90) 중앙일보, “사법부 과거사 정리 놓고 설전”, 2005. 10. 05., <https://news.joins.com/article/1694546>, 접속일자 2019. 05. 20

91) 매일경제, “양승태 대법원장 후보 6·7일 청문회”, 2011.09.05., <https://www.mk.co.kr/news/society/view/2011/09/578163/>

는 바와 같이 그 이전까지의 주류적 대법관 성향과는 구별되는 특징을 보이고 있다.

대법관 5인의 임명 이전 주요 행적과 경력을 간략하게 논하면 다음과 같다(이춘재 외, 2013, 권석천, 2017). 먼저, 박시환 전 대법관은 시민단체로부터 대법관 후보로 추천을 받아, 임명 이전부터 진보적 성향의 대법관으로 분류되었다. 1985년 인천지방법원 판사로 부임했을 당시 반정부 시위로 즉결심판에 넘겨진 대학생들에게 무죄를 선고하였고 시위 단순가담자에 대한 구속영장, 이적 표현물 수사를 위한 대학가 사회과학 서점에 대한 압수수색영장을 기각한 바 있다. 또한 국가보안법 피의자에 한해 3차례 구속 연장을 허용하는 법조항과 양심적 병역거부를 인정하지 않는 병역법에 대해 헌법재판소에 위헌법률 심판을 제청하기도 했다. 대법관 추천 당시 변호사였다는 점에서 비주류적인 특성을 가지고 있었다.

김지형 전 대법관의 경우 원광대를 졸업한 비서울대 출신이었으며 대법관 후보로 제청되었을 당시 나이가 47세에 불과하여 역시 비주류적 대법관의 특성을 지니고 있었다. 괴팅겐 대학 연수를 통해 노동법 연구에 전념하였고, 귀국한 뒤 1991년 헌법재판소에 파견되어서도 노동법 연구를 지속하여 『근로기준법 해설(1993)』을 펴냈다.

이홍훈 전 대법관은 서울지법 부장판사 시절인 1995년, 사회민주주의 청년연맹 사건으로 구속 기소된 최아무개 사건에서 이적표현물 제작 배포 부분에 대해 “국가의 존립, 안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본 질서에 위해를 줄 명백한 위험이 있을 경우에만 이 조항을 적용해야 한다”며 무죄를 선고한 이력이 있다. 또한 서울고법 부장판사 때인 2002년 민주노총 강원지부 간부 나아무개가 춘천시장을 상대로 낸 소송의 항소심에서 “국가보안법 철폐를 주장하는 현수막의 설치를 허가하지 않은 것은 부당하다”는 취지로 1심 판결을 파기한 바 있다.

김영란 대법관의 경우 첫 여성대법관으로, 당시 대법관 13명 가운데 가장 기수가 낮은 대법관인 김용담 대법관보다 열 기수나 낮아 파격적인 인사로 평가되었다(임명 당시 나이 48세). 국회 인사청문회에서 국가보안법 존폐에 대해 어떤 식으로든 손질이 되어야 한다는 데 공감한다고 밝



힌 바 있다.

또 다른 여성 대법관인 전수안 전 대법관은 2005년 서울고등법원 부장판사로 재직할 당시 임창욱 대상그룹 회장의 비자금 사건 항소심을 맡아 “해외로 도피한 참고인들의 진술이 없어도 임 회장의 혐의가 충분히 인정된다” 며 유죄를 선고한 이력이 있다.

이들 5인의 대법관의 표결 성향을 각각 살펴보면, 김영란 대법관이 (-)0.74, 박시환 대법관이 (-)0.82, 김지형 대법관이 (-)0.71, 이홍훈 대법관이 (-)0.52, 전수안 대법관이 (-)0.76으로, 전체 대법관의 전원합의체 판결에서의 평균 이념성향인 0.071에 비해 높은 진보성을 보여준다. 본 연구에서 나타난 임명권자의 특성에 따른 의견 성향의 차이는 이들 5인의 대법관이 진보적인 의견에 가담한 비율이 높게 나타난 것이 주된 원인이었을 것이다.

특히 박시환, 김지형, 이홍훈, 전수안 대법관의 경우 국가보안법·과거사·기타 분야에서 참여한 모든 표결이 진보적인 표결로 분류되었다.<sup>92)</sup> 특히 남북실천연대가 이적단체인지가 문제되었던 남북실천연대 사건(2010도1189)과 전국 공무원노조 총파업에 참가한 공무원들에 대해 행해진 승진임용처분의 위법성이 다투어진 울산북구청승진임용처분 취소사건(2005추62), 상지학원 임시이사사건(2006다19054)은 김영란 대법관과 함께 4인의 대법관이 소수의견에 가담하여 8 : 5로 의견이 나뉜 대표적인 사례이다.

요컨대, 대법원장의 임명권자 특성에 따라 전 분야에 걸쳐 의견 성향의 차이가 확인되며 이는 국가보안법·과거사·기타 분야에서 가장 두드러지게 나타난다. 이러한 결과는 대법관의 임명을 둘러싸고 나타나는 여야 간의 대립이 왜 현실에서 나타나는지에 대하여 설명력 있는 실증적 근거가 된다. 현실에서 정권이 교체될 때마다 대법원장 임명에 있어서 여야 정치권이 공방을 벌이는 것은 바로 정치적 편향에 대한 우려가 큰 부분을 차지하는 것임이 경험적으로 확인된다.

이러한 결과가 나타난 이유는 이용훈 대법원장과 독수리 5남매 대법

---

92) 조봉암 사건, 긴급조치위반 사건, 송두율 사건, 남북실천연대 사건, 울산북구청 사건, 범민련 사건, 상지학원 임시이사 사건

관 5인의 임명 이전의 주요 행적과 이력에서 보듯 대법관과 대법원장의 임명과정에서 성향이 고려되고 있기 때문일 것이다. 본 연구의 분석 결과는 임명이후 판결에도 실제로 그러한 성향이 나타나고 있음을 보여주는 것이다. 결과적으로 이는 대법관 구성 즉, 임명권자가 누구인지에 따라 판결 방향이 달라질 수 있음을 시사하는 것으로 볼 수 있다.

### 3. 제청권자 특성에 따른 비교

대법관 임명을 놓고 볼 때 미국과 우리나라는 대통령이 대법관을 임명한다는 공통점이 있다. 그러나 미국의 경우 대통령이 자신의 권한과 책임으로 대법원장과 대법관 후보자를 선택하는 반면 우리나라는 ‘대법원장의 제청’이라는 과정을 거친다는 차이점이 있다. 따라서 제청권자로서 대법원장이 누구인가 하는 것이야말로, 우리나라 대법관의 표결 성향을 분석함에 있어서 비중 있게 고려되어야 하는 요인이 될 것이다.

[표 5-11]는 제청한 대법원장이 누구인지에 따른 진보적 표결의 비율과 이념성향의 결과를 나타낸 것이다.

[표 5-11] 제청권자에 따른 이념성향 비교

제청권자	이용훈	양승태	김명수
총 표결	448	239	15
진보적 표결 수 (비율)	235 (52.5%)	125 (52.3%)	15 (100.0%)
이념 지수(JI)	-0.08	-0.05	-1

평균 이념성향을 기준으로 진보성을 살펴 볼 때 그 정도는 김명수 대법원장, 이용훈 대법원장, 양승태 대법원장 순으로 나타나고 있다.

[표 5-12]은 [표 5-11]의 결과를 제청권자의 특성에 따라 재분류하여 나타낸 것이다. 제청권자의 특성은 제청권자를 임명한 대통령의 정치성향을 기준으로 분류하였다. 진보적 표결의 비율은 진보 대통령이 임명한 대법원장이 제청한 경우가 54.0%, 보수 대통령이 임명한 경우가 52.3%로 차이가 나타났으나, 통계적으로는 유의미하게 나타나지 않았다( $p$ -value<0.05,  $d.f=1$ ,  $\chi^2=0.9354$ ,  $p=.3334$ ). 즉, 제청권자 특성에 따른 의견성향의 차이는 유의미하지 않다.

[표 5-12] 제청권자 특성에 따른 이념 성향 비교

(단위: 표결 수, %)

제청권자	진보 (이용훈·김명수 대법원장)	보수 (양승태 대법원장)
진보 표결	250 (54.0)	125 (52.3)
보수 표결	213 (46.0)	124 (47.7)
총 표결	463 (100.0)	239 (100.0)

- 주 1) 독립변수인 제청권자인 특성은 대법원장을 임명한 대통령의 정치성향에 따라 분류함. 즉, 노무현·문재인 대통령이 임명한 대법원장의 경우 진보로, 이명박 대통령이 임명한 대법원장의 경우 보수로 분류함.
- 2) 보수 표결은 중도 표결을 포함함.
- 3) 유의수준 0.05에서 제청권자의 특성에 따른 의견성향의 차이는 유의미하지 않음( $d.f = 1$ ,  $\chi^2 = 0.9354$ ,  $p = .3334$ ).

이러한 결과는 대법관 임명과정에서의 대법원장의 제청권이 ‘제왕적 대법원장’을 야기한다는 세간의 시각과 상충하는 면이 있다.

대법원장의 제청과 대통령의 임명이라는 우리나라 대법관 임명 과정의 특수한 구조를 고려할 때, 제청권자와 임명권자의 조합에 따라 상이한 표결이 나타날 수 있을 것임을 예상해볼 수 있다. 따라서 제청권자 특성에 따른 분석은 제청한 대법원장과 임명한 대통령의 조합에 따라 구분하여 시행하였으며 분석 결과는 [표 5-12]와 같다.

[표 5-13] 제청권자-임명권자에 따른 진보적 표결 비율 비교

(단위: 표결 수, %)

제청	이용훈				양승태				김명수	
임명	노무현 임명		이명박 임명		이명박· 박근혜 임명		문재인 임명		문재인 임명	
분야 전체	총 표결	진보 표결	총 표결	진보 표결	총 표결	진보 표결	총 표결	진보 표결	총 표결	진보 표결
	232	151	216	84	227	116	12	9	15	15
평균 비율	65.1%		38.9%		51.1%		75.0%		100%	
JI	-0.32		0.18		-0.02		-0.5		-1	
국보법 과거사 기타	총 표결	진보 표결	총 표결	진보 표결	총 표결	진보 표결	총 표결	진보 표결	총 표결	진보 표결
	62	48	50	23	78	35	6	4	9	9
평균 비율	77.4%		46.0%		44.9%		66.7%		100.0%	
JI	-0.58		0.0		0.10		-0.33		-1	

분석 결과는 다음과 같다. 첫째, “진보적 대통령에 의해 임명된 대법원장이 제청하였으면서 진보적 대통령이 임명한 대법관 집단”과 “보수적 대통령에 의해 임명된 대법원장이 제청하였으면서 보수적 대통령이 임명한 대법관 집단” 간에 의견 성향 차이는 크게 나타나고 있다. 즉, (제청, 임명)의 조합이 (이용훈, 노무현)인 경우 진보적 표결의 비율은 65.1%인 반면, (양승태, 이명박·박근혜)인 경우 51.1%으로 유의수준 0.05에서 차이가 유의미하게 나타났다( $d.f = 1$ ,  $\chi^2 = 9.22214$ ,  $p = .0023$ ).<sup>93)</sup> 이러한 결과는 대법관에 대한 대법원장의 제청권을 매개로 ‘대통령→대법원장→대법관’으로 이어지는 일련의 관계가 형성된다는 주장과 상응하는 측면이 있다.<sup>94)</sup> 한편 동 비율은 국가보안법·과거사·기타 분야에서 각각

93) 김명수 대법원장이 제청한 대법관의 표결을 포함하여 분석해도 그 차이는 유의미하게 나타난다. 즉, (제청, 임명)의 조합이 (진보, 진보)인 경우와 (보수, 보수)인 경우 진보적 표결의 비율은 각각 67.2%와 51.1%로, 유의수준 0.05에서 차이가 유의미하게 나타났다.

77.4%와 44.9%로 그 차이가 더욱 크게 나타나고 있어 이러한 결과가 국가보안법·과거사·기타 분야에서 기인했음을 추론할 수 있다.

둘째, 동일한 대법원장이 제청한 경우라 하더라도 임명권자인 대통령의 정치성향에 따라 이념성향도 함께 차이를 보이고 있는데 이는 대법관의 구성에 있어서 대법원장보다 대통령의 영향력이 더욱 강하게 나타나고 있음을 의미한다. 이용훈 대법원장이 제청한 대법관이라 하더라도 노무현 대통령이 임명한 대법관과 이명박 대통령이 임명한 대법관간에 의견 성향은 각각 (-)0.32와 0.18로 매우 뚜렷한 차이를 보이고 있다. 또한 양승태 대법원장이 제청한 대법관이라 하더라도 이명박·박근혜 대통령이 임명한 대법관과 문재인 대통령이 임명한 대법관은 이념성향이 각각 (-)0.02와 0.5로 뚜렷한 차이를 보이고 있다. 이는 제청권자의 영향력이 임명권자의 영향력에 비해 강하지 않으며 현실에서 논의되는 제청권자의 영향력이 임명권자의 영향력에 의해 투사된 것일 수 있음을 시사한다. 그렇다면 대법원장이 대법관과의 별도의 지위에서 대법원 및 법원 행정 체제 전반을 관리 감독하는 배타적인 영향력 행사자로 군림하게 된다는 비판(한상희, 2012; 정태호, 2017) 역시 대통령과의 관계 속에서 타당성을 지닌다고 할 수 있을 것이다.

이러한 결과는 대법관의 제청 및 임명과정에서 대통령과 대법원장 간에 법관의 성향이 중요한 고려 및 갈등의 요인으로 등장하고 있는 현실이 반영된 결과로도 볼 수 있다.

*“대통령이 생각하는 대법관 후보와 대법원장이 생각하는 대법관 후보가 서로 다를 때 갈등은 필연적이다. 갈등이 표면화되는 것을 막기 위해 사전에 의견 교환을 거쳐 대법관 후보를 제청하는 것이 관행으로 굳어져 있다. 정권이 바뀌어 새로 취임한 대통령과 전임 대통령이 임명한 대법원장은 상당 기간 불편한 동거를 해야 한다. …그나마 같은 보수 성향이*

---

94) 조소영 외, 「사법의 독립과 민주화를 향한 헌정사적 노력과 공법적 과제 보고서」, 법원행정처 연구용역 보고서, 2019; 세계일보, “대통령→대법원장→대법관→법관 예측적 관계 타파 필요”, 2019.04.28. 재인용, <http://www.segye.com/newsView/20190428507533>, 접속일자 2019.04.30.,

나 진보성향이라면 그 어려움이 적다. 그러나 성향이 다르면 의사소통의  
고충은 몇 배 더 커진다.”

- 권석천(2017:319)

요컨대, 대법원장과 대법관의 임명과정에 청와대 민정수석실을 비롯한 대통령의 의지가 직접 작용하며 대법원장이 제청 전에 청와대와 사전 협의하는 것이 관례(한상희, 2012:30-31; 권석천, 2017:320)라는 지적을 고려할 때, 본 연구의 분석 결과는 대법원장의 제청권이 제도적으로 제왕적인 대법원장을 형성하게 된다고 하더라도 대법관 임명 시 대통령의 의지가 보다 강하게 작용하고 있는 것으로 해석할 수 있다. 대통령이 법관추천회의를 실질적으로 주도할 수 있게 구조화 되어 있으며 그에 따라 대법원의 구성이 정치적·이념적으로 획일화 되고 정치적 중립성을 상실할 위험이 내재하고 있다는 비판(정태호, 2017) 역시 이러한 맥락에서 이해될 수 있을 것이다.

#### 4. 주류적 인적 특성에 따른 비교

우리나라 대법관 구성이 ‘서울대 출신, 50대 이상 남성, 법관 출신’이라는 외적 확실성을 띠고 있어 이것이 판결의 보수 확실성으로 나타난다는 지적이 지속적으로 제기되어 왔다(정태호, 2017). 이는 학교·나이·성별·전직 경력에 있어 유사한 대법관들이 균질적인 가치체계와 성향을 형성하여, 우리사회의 다양한 가치 및 소수자와 약자의 의견을 제대로 반영하지 못할 것이라는 우려에 근거한다. 그러나 실제로 주류적 특성의 법관이 보수적인 판결을 내리는 경향이 있는지는 실증적으로 검토되어야 하는 별개의 문제이다.

노무현 정부 이후의 분석 대상 대법관 38명을 주류적 특성(21명)과 비주류적 특성(17명)의 집단으로 구분하여 참여 표결 분포를 분석하였다. 독립변수로는 주류적 특성 보유 여부를, 종속변수로는 진보적 표결과 보수적 표결(중도 표결 포함)을 대상으로 하여 2×2 교차표에서 카이제곱( $\chi^2$ ) 검정을 시행하였으며 결과는 [표 5-14]와 같다.

전 분야에 걸쳐 볼 때 진보적 표결의 비율은 주류적 특성이 46.4%, 비주류적 특성이 63.1%로, 주류적 특성 보유 여부에 따라 의견 성향의 차이가 유의미하게 나타났다( $d.f=1$ ,  $\chi^2=21.9938$ ,  $p=.0000$ ). 중도 표결을 고려한 변수인 이념성향 지수를 보더라도 보수 임명권자 집단의 경우 0.08, 진보 임명권자 집단의 경우 (-)0.26으로 방향성의 차이가 뚜렷이 확인된다.

분야별로는, 사회·문화 영역에서 진보적 표결의 비율은 주류적 특성이 47.8%, 비주류적 특성이 66.4%로 주류적 특성 여부에 따른 의견 성향의 차이가 유의미하게 나타났다( $d.f=1$ ,  $\chi^2=10.5492$ ,  $p=.00116$ ). 중도적 표결을 고려한 이념성향 수치 역시 각각 0.03과 (-)0.35로 방향성의 차이가 확인된다. 이러한 결과는, 사회·문화 영역 판결의 의견 성향 분석 기준이 자유권적 기본권과 사회적 약자를 더 옹호하는지 여부였음을 고려할 때, 사회적 약자와 소수자의 이해를 사법에 반영하기 위해 대법관의 다양화가 필요하다는 주장의 근거가 될 수 있다.



[표5-14] 주류적 특성 여부에 따른 분야별 표결 분포

(단위: 표결 수, %)

(a) 분야 전체

	주류	비주류
진보표결	231 (46.4)*	205 (63.1)*
보수표결	267 (53.6)	120 (36.9)
소 계	498 (100.0)	325 (100.0)

(b) 사회·문화

	주류	비주류
진보표결	88 (47.8)*	85 (66.4)*
보수표결	96 (52.2)	43 (33.6)
소 계	184 (100.0)	128 (100.0)

(c) 경제활동·노동·환경

	주류	비주류
진보표결	76 (44.2)	53 (53.5)
보수표결	96 (55.8)	46 (46.5)
소 계	172 (100.0)	99 (100.0)

(d) 국가보안법·과거사·기타

	주류	비주류
진보표결	67 (47.2)*	67 (68.4)*
보수표결	75 (52.8)	31 (31.6)
소 계	142 (100.0)	98 (100.0)

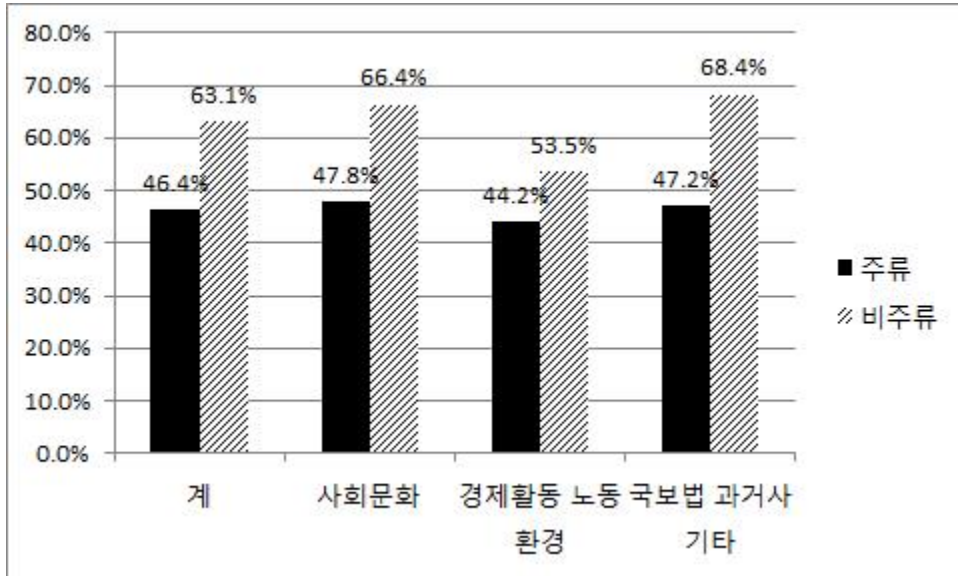
주 1) 주류는 ‘서울대, 50대 이상 남성, 전직 법관 출신’ 특성을 보유한 경우를, 비주류는 주류적 특성에 해당하지 않음을 의미함.

2) 보수표결은 중도표결을 포함.

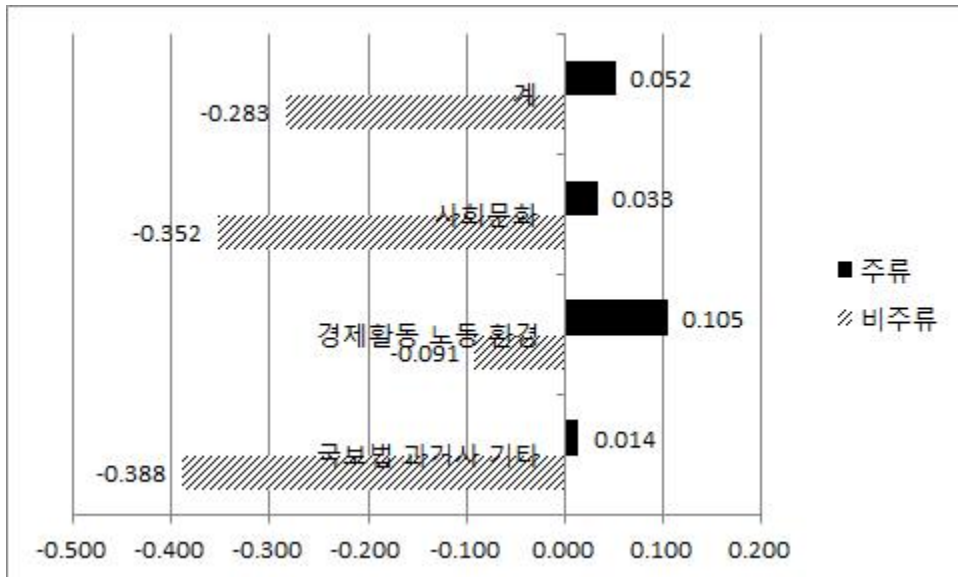
3) \*는  $d.f = 1$ ,  $p\text{-value} < 0.05$ .

4)  $d.f = 1$ ,  $p < .05$ 의 유의 수준에서( $\chi^2=3.841$ ), 분야 전체( $\chi^2=21.9938$ ,  $p=.0000$ )와 사회·문화( $\chi^2=10.5492$ ,  $p=.00116$ ) 및 국가보안법·과거사·기타 분야( $\chi^2=10.55215$ ,  $p=.00116$ )의 의견 성향의 차이가 유의미하게 나타남. 경제활동·노동·환경 분야의 경우 의견 성향의 차이가 유의미하게 나타나지 않음( $\chi^2=2.2020$ ,  $p=.1378$ ).

[그림 5-4] 대법관의 주류적 특성에 따른 의견 성향 비교  
(진보적 표결의 비율)



[그림 5-5] 대법관의 주류적 특성에 따른 의견성향 비교  
(이념 성향 지수)



반면, 경제활동·노동·환경 분야의 경우 진보적 표결의 비율은 주류적 특성이 44.2%, 비주류적 특성이 53.5%로 나타났으나 통계적으로 그 차이는 유의미하지 않았다( $d.f=1$ ,  $\chi^2=2.2020$ ,  $*p=.1378$ ). 이는 경제활동·노동 분야의 의견 성향 분석 기준이 사회·경제적 약자를 보호하기 위한 국가의 간섭과 개입, 경제적 약자(극빈자, 채무자, 파산자, 소비자, 중소기업 등)를 옹호하는지 여부임을 고려할 때, ‘주류적 특성의 대법관이 경제적 약자의 권리보다는 기업권리를 중시한다’는 주장과 다소 어울리지 않는 결과로 볼 수 있다.

이러한 결과에 대해서는 여러 해석이 가능할 수 있을 것이나,<sup>95)</sup> 본 연구에서는 인적 특성 요인에 비해 임명 특성이라는 요인이 보다 크게 영향을 미쳤을 가능성에 주목하고자 한다. F. B. Cross는 법관 임명 시 이데올로기를 중시하는 대통령으로 인해, 인적 특성이 그를 임명한 대통령의 정치적 정체성에 의해 대변되는 이데올로기보다 훨씬 적은 영향을 미칠 수 있음을 발견하였는데(F. B. Cross, 2007; R. A. Posner, 2008[2016]:75 재인용), 본 분석 결과 역시 보수적인 대통령에 의한 임명의 효과가 비주류적 특성에서 기인하는 효과를 희석하였기 때문으로 볼 여지가 있다. 이에 대해서는 다음 절에서 사례 분석을 통해 보다 자세히 논의한다.

국가보안법·과거사·기타 영역의 경우 진보적 표결의 비율은 주류적 특성이 47.2%, 비주류적 특성이 68.4%로 주류적 특성 여부에 따른 의견 성향의 차이가 유의미하게 나타났다( $d.f=1$ ,  $\chi^2=10.55215$ ,  $p=.00116$ ). 특히 국가보안법·과거사·기타 분야에서 주류적 법관과 비주류적 특성의 법관 간 의견 성향의 격차가 세 분야 중 가장 크게 나타나고 있음을 확인할 수 있는데, 이는 현실에서 이른바 ‘서·오·남’ 특성의 법관 구성이 보수적 판결 경향을 초래하는 원인이 되고 있다는 주장이 주로 진보

95) 경제활동·노동·환경 분야의 분석 대상 표결이 가장 낮은 비율을 차지하고 있었을 뿐 아니라 ‘주류 대비 비주류의 총 표결 비( $99/172=0.576$ )’ 역시 다른 분야에 비해 낮았음을 지적할 수 있다. 전원합의체 판결을 대상으로 하는 본 연구의 특성상, 경제활동·노동 분야의 많은 소부 판결들이 분석 대상에 포함되지 못한 한계가 있었다.

진영에서 주장되고 있는 것과 연관이 있다. 노무현 대통령에 의해 임명된 이용훈 대법원장은 후보자 당시 국회 인사청문특별위원회 위원들에게 제출한 서면 답변서에서, 대법원의 바람직한 변화 방향을 묻는 질문에 대하여 “대법원은 사회의 다양한 가치관과 이익을 대변할 수 있도록 구성을 다양화하는 방향으로 나가야 한다는 생각을 하고 있다”고 밝힌 바 있다.<sup>96)</sup>

[표 5-15]은 노무현·이명박·박근혜·문재인 정부에서 임명된 대법관 38명(보수정권 19명, 진보정권 19명)의 인적 특성을 나타낸 것이다. 역대 정권 별로 볼 때 보수정권과 진보정권의 대법관 구성은 주류적·비주류적 특성의 구성비에 있어서도 큰 차이를 보이고 있다. ‘서울대 출신, 50대 이상, 남성, 전직 법관’을 이른바 우리나라 대법관의 ‘주류적 특성’이라 칭할 때, 비주류적 특성을 보유한 대법관은 보수 정권 임명 19명 중 6명(31.6%), 진보 정권 임명 19명 중 11명(57.9%)으로 그 비율에 있어 상당한 차이를 나타내고 있다.

노무현 정부는 정권 초기부터 사법개혁을 강조하며 ‘독수리 5형제’로 대표되는 비주류적 특성 위주의 개혁적인 대법관 인사를 단행한 반면, 이명박 정부 들어서는 ‘과거로의 회귀’라는 비판이 존재하였다.<sup>97)</sup>

96) 한겨레, “‘대법원 구성 다양화해야’ 이용훈 대법원장 후보자 국회에 서면 답변”, 2005.09.07., [http://www.hani.co.kr/arti/politics/politics\\_general/62764.html#cidxacb993c2786eb7c827836128dbe4b3e](http://www.hani.co.kr/arti/politics/politics_general/62764.html#cidxacb993c2786eb7c827836128dbe4b3e)

97) “이명박 정부에서 임명된 대법관은 이제까지 7명이다. 전원 남성, 전원 50대, 전원 서울대 법대 출신이다. 판사 출신으로 교수 재직 중 대법관이 된 양창수 대법관을 제외하고 현직에 있던 고위 법관들이 대법관으로 임명됐다. 진보니 보수니, 노동·환경·여성이니 전공을 따질 게 별로 없다. 성향이나 전문 분야에서 별 차이가 없다는 얘기다. 사법연수원 기수에 따른 연공서열을 벗어나지 못했다. 한참 과거로의 회귀다. 이는 참여정부 시절과 큰 차이를 보인다. 2004년 사상 첫 여성 대법관인 김영란 대법관이 임명됐다. 여성도 여성이지만 사법연수원 기수도 10년 정도 뛰어넘는 파격이었다. 나이도 40대였다. 이듬해에는 판사로 있다가 변호사로 활동해온 진보 성향의 박시환 대법관과 비서울대 출신(원광대)으로 노동법이 전문인 김지형 대법관이 임명됐다. 2006년에도 이런 관행은 이어졌다. 진보개혁 성향의 판결을 해온 이홍훈 대법관, 여성인 전수안 대법관이 임명됐다. 김영란·박시환·김지형·이홍훈·전수안 대법관은 이후 ‘독수리 5형제’로 불리며 보수적인 대법원 안에서 나름의 균형추 역할을 해왔다.” (한겨레, “보수가 독점하는 사법부”, 2011.07.05. [http://h21.hani.co.kr/arti/politics/politics\\_general/29957.html](http://h21.hani.co.kr/arti/politics/politics_general/29957.html), 접속일자 2019.05.04)

즉 우리나라 대법관의 임명은 법관의 ‘진보’와 ‘보수’의 이념대립 논쟁이 외적인 특성과 함께 맞물려서 나타나고 있음을 주목할 필요가 있으며 이러한 사실은 국가보안법·과거사·기타 분야에서 주류적 법관과 비주류적 특성의 법관 간 의견 성향의 격차가 세 분야 중 가장 크게 나타나는 것과 무관하지 않다.

[표 5-15] 노무현·이명박·문재인 정부 임명 대법관의 인적 특성

정 부	대법관 대법원장	재임기간	출신학교	성 별	나이 임명-출생연도	주요 특성
노 무 현	김용담	2003-2009	서울대 법대	남	56	
	김영란	2004-2010	서울대 법대	여	48	여성·40대
	양승태	2005-2011	서울대 법대	남	57	
	이용훈*	2005-2011	서울대 법대	남	63	
	김황식	2005-2008	서울대 법대	남	57	
	박시환	2005-2011	서울대 법대	남	52	변호사 경력
	김지형	2005-2011	원광대 법대	남	47	원광대·40대
	이홍훈	2006-2011	서울대 법대	남	60	
	박일환	2006-2012	서울대 법대	남	55	
	김능환	2006-2012	서울대 법대	남	55	
	전수안	2006-2012	서울대 법대	여	54	여성
이 명 박	안대희	2006-2012	서울대 법대	남	51	검사
	차한성	2008-2014	서울대 법대	남	54	
	양창수	2008-2014	서울대 법대	남	56	교수 경력
	신영철	2009-2015	서울대 법대	남	55	
	민일영	2009-2015	서울대 법대	남	54	
	이인복	2010-2016	서울대 법대	남	54	
	이상훈	2011-2017	서울대 법대	남	55	
	박병대	2011-2017	서울대 법대	남	54	
	양승태*	2011-2017	서울대 법대	남	63	
	김용덕	2012-2018	서울대 법대	남	55	
	박보영	2012-2018	한양대 법대	여	51	여성
	고영한	2012-2018	서울대 법대	남	57	
	김창석	2012-2018	고려대 법대	남	56	고려대
	김신	2012-2018	서울대 법대	남	55	
	김소영	2012-2018	서울대 법대	여	47	여성·40대
박 기 현	조희대	2014-현재	서울대 법대	남	57	
	권순일	2014-현재	서울대 법대	남	55	
	박상옥	2015-현재	서울대 법대	남	59	검사
	이기택	2015-현재	서울대 법대	남	56	

	김재형	2016-현재	서울대 법대	남	51	교수 경력
문 재 인	조재연	2017-현재	성균관대 법대	남	61	성균관대
	박정화	2017-현재	고려대 법대	남	52	여성
	김명수*	2018-현재	서울대 법대	남	58	
	민유숙	2018-현재	서울대 법대	여	53	여성
	김선수	2018-현재	서울대 법대	남	57	변호사 경력
	이동원	2018-현재	고려대 법대	남	55	고려대
	노정희	2018-현재	이화여대 법대	여	55	여성

주 1) 주요특성은 ‘서울대, 50대 이상, 남성, 전직 법관’이라는 우리나라 주류적인 대법관의 특성과 구별되는 특성을 의미함

요컨대, 주류적 특성과 비주류적 특성의 표결 성향 분석 결과는 주류적 특성의 법관이 보수적인 판결을 내리는 경향이 있다는 주장에 무게를 실어준다. [표 5-16]에 나타난 대법관별 의견 성향 결과에서 보듯이, 참여 표결 수가 평균(19.97)을 초과하는 대법관만을 분석 대상으로 할 때, 진보적 표결 비율이 가장 높은 상위 대법관 5인 중 4인(김영란, 박시환, 김지형, 전수안 대법관)이 모두 비주류적 특성이라는 사실은 주목할 만한 결과이다.

[표 5-16] 대법관별 의견성향과 인적 특성

정 부	대법관 대법원장	평균 의견성향	참여 표결 수	진보 표결 수	진보적 표결의 비율	주요 특성
노 무 현	김용담	0.667	6	1	16.67%	
	김영란	-0.800	20	18	90.00%	여성·40대
	양승태	0.348	23	7	30.43%	
	이용훈*	0.143	28	12	42.86%	
	김황식	0.750	8	1	12.50%	
	박시환	-0.800	30	27	90.00%	변호사 경력
	김지형	-0.667	30	25	83.33%	원광대·40대
	이홍훈	-0.435	23	16	69.57%	
	박일환	-0.059	17	9	52.94%	
	김능환	0.091	33	15	45.45%	
	전수안	-0.750	32	28	87.50%	여성

	안대희	0.484	31	8	25.81%	검사
이 영 박	차한성	0.238	21	8	38.10%	
	양창수	0.467	30	7	23.33%	교수 경력
	신영철	0.406	32	9	28.13%	
	민일영	0.588	34	7	20.59%	
	이인복	-0.424	33	23	69.70%	
	이상훈	-0.355	31	21	67.74%	
	박병대	0.222	18	7	38.89%	
	양승태*	0.120	25	11	44.00%	
	김용덕	0.040	25	12	48.00%	
	박보영	-0.120	25	14	56.00%	여성
	고영한	0.158	19	8	42.11%	
	김창석	0.273	22	8	36.36%	고려대
	김신	-0.304	23	15	65.22%	
	김소영	-0.308	26	17	65.38%	여성·40대
박 근 혜	조희대	0.091	22	10	45.45%	
	권순일	-0.048	21	11	52.38%	
	박상옥	0.059	17	8	47.06%	검사
	이기택	0.077	13	6	46.15%	
	김재형	-0.250	8	5	62.50%	교수 경력
문 재 인	조재연	0.000	6	3	50.00%	성균관대
	박정화	-1.000	6	6	100.00%	여성
	김명수*	-0.333	6	4	66.67%	
	민유숙	-1.000	6	6	100.00%	여성
	김선수	-1.000	3	3	100.00%	변호사 경력
	이동원	-1.000	3	3	100.00%	고려대
	노정희	-1.000	3	3	100.00%	이화여대·여성

## 5. 경제활동·노동 분야 대표적 판결 사례 분석

이하에서는 대법관의 구성에 따른 노동 분야의 판결 성향을 살펴보기 위해 이용훈 대법원장과 양승태 대법원장 시기의 대표적인 노동 분야 전원합의체 판결에 나타난 대법관의 의견 분포를 비교한다. 분석 대상 판결은 출퇴근 ‘업무상 재해 사건(2005두125720)’ 과 ‘통상임금 사건(2012다89399)’ 이다.

### 1) 출퇴근 업무상 재해 사건(대법원 2007. 9. 28. 선고 2005두12572)

#### 가. 사건의 개요

원고의 남편은 2002년 3월 9일 아침 8시 10분 경 자신 소유의 승용차를 이용하여 출근하다가 교통사고를 당해 사망하였다. 이에 원고는 남편의 사망이 업무상 재해에 해당한다는 이유로 피고 근로복지공단에게 유족보상 및 장의비 지급을 청구하였으나 피고는 원고의 남편이 그 소유의 승용차를 이용하여 출근하던 중 발생한 교통사고로 사망하여 ‘업무상 재해’에 해당하지 않는다는 이유로 지급을 거부하였다. 원고는 거부 처분에 불복하여 행정소송을 제기하였으나 원심은 원고의 남편이 직접 자신의 승용차를 운전하여 출근하는 도중 발생한 것으로써 망인의 출퇴근 과정이 사용자의 지배나 관리를 받는 상태였다고 인정할 수 없다는 이유로 기각하였고(서울고등법원 2005. 9. 2. 선고 2004누25665 판결), 이에 원고가 불복하여 항소한 사건이다.

#### 나. 판결의 쟁점 및 요지

대상 판결에서는 근로자의 출·퇴근 중에 발생한 재해가 구 산업재해보상보험법(2007. 4. 11. 법률 제8373호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 “산재보험법”이라 한다) 제4조 제1호의 업무상 재해에 해당한다고 볼 수 있는지가 쟁점이 되었다. 구 산재보험법 제4조 제1호는 “업무상의 재해”에 대하여 업무상의 사유에 의한 근로자의 부상·질병·신체장해



또는 사망을 말한다고 규정하고 있었으며 산재보험법 시행규칙은 근로자의 사상을 초래한 출퇴근 시의 사고가 업무상 재해에 해당하기 위하여 ①사업주가 소속 근로자들의 출·퇴근용으로 제공한 교통수단의 이용 중에 발생한 사고일 것과 ②사업주가 제공한 교통수단에 대한 관리·이용권이 근로자 측에 전담되어 있지 아니할 것을 요건으로 들고 있었다(산재보험법 시행규칙 제35조 제4항 제1호·제2호).

대사판결의 요지는, 일반적으로 출·퇴근 방법과 경로의 선택이 근로자에게 유보되어 있어 통상 사업주의 지배·관리하에 있다고 할 수 없고, 산업재해보상보험법에서 근로자가 통상적인 방법과 경로에 의하여 출·퇴근하는 중에 발생한 사고를 업무상 재해로 인정한다는 특별한 규정을 따로 두고 있지 않은 이상 근로자가 선택한 출·퇴근 방법과 경로의 선택이 통상적이라는 이유만으로 출·퇴근 중에 발생한 재해가 업무상의 재해로 될 수는 없다는 것이었다.

#### 다. 견해의 대립

다수의견<sup>98)</sup>은 구 산재보험법 제4조 제1호의 ‘업무상의 재해’를 근로자와 사업주 사이의 근로계약에 터 잡아 사업주의 지배·관리 하에서 당해 근로업무의 수행 또는 그에 수반되는 통상적인 활동을 하는 과정에서 이러한 업무에 기인하여 발생한 재해로 보면서 비록 근로자의 출·퇴근이 노무의 제공이라는 업무와 밀접·불가분의 관계에 있다 하더라도, 일반적으로 출·퇴근 방법과 경로의 선택이 근로자에게 유보되어 있어 통상 사업주의 지배·관리하에 있다고 할 수 없다고 보았다. 따라서 산업재해보상보험법에서 근로자가 통상적인 방법과 경로에 의하여 출·퇴근하는 중에 발생한 사고를 업무상 재해로 인정한다는 특별한 규정을 따로 두고 있지 않은 이상, 근로자가 선택한 출·퇴근 방법과 경로의 선택이 통상적이라는 이유만으로 출·퇴근 중에 발생한 재해가 업무상의 재해로 될 수는 없고 사업주가 제공한 교통수단을 근로자가 이용하거나 또는 사업주가 이에 준하는 교통수단을 이용하도록 하는 등 근로자의 출·

---

98) 대법관 이용훈, 고현철, 양승태, 김황식, 이홍훈, 박일환, 안대희

퇴근 과정이 사업주의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있는 경우라야 한다고 보았다.

반대의견<sup>99)</sup>은 먼저 업무상 재해에 해당하는지 여부는 산업재해보상보험법 제4조 제1호의 해석에 의해 결정될 것이지 산재보험법에서 업무상 재해로 인정하는 규정을 따로 두고 있는지 여부에 의해 좌우되는 것은 아니라고 하면서 출·퇴근 행위는 노무를 제공하기 위해 반드시 거쳐야 하는 필수적인 과정으로, 출·퇴근을 위한 합리적인 방법과 경로는 근로자가 자유로이 정할 수 있는 것이 아니고 사업주의 결정과 방침에 구속되는 업무와 밀접불가분의 관계에 있는 것으로 보았다. 따라서 합리적인 방법과 경로에 의한 출·퇴근 행위라면 사업주의 지배·관리 하에 있고 그러한 출·퇴근 과정에서 발생한 재해는 업무상 재해에 해당한다는 결론을 제시하였다.

이에 대하여 다수의견에 대한 보충의견<sup>100)</sup>은 근로자에게 인정되는 산재보험 수급권은 산업재해보상보험법에 의하여 비로소 구체화되는 사회적 기본권이기 때문에 그 권리의 부여 여부와 구체적인 내용 등은 필요성을 따지기에 앞서 무엇보다 재원확보의 가능성이 고려되어야 하는 입법적 해결 분야로서 입법 취지를 넘는 해석을 하는 것은 헌법상의 원칙에 반한다고 보았다.

다수의견의 또 다른 보충의견<sup>101)</sup>은 보험급여의 수준, 보험료를 인상 등 종합적인 제도개선이 되기 이전에, 통상적인 출·퇴근 중에 발생한 재해를 원칙적으로 업무상 재해가 된다고 해석하게 되면 산재보험의 재정적 위기와 사업주들의 반발 등 상당한 혼란을 불러일으킬 우려가 있어 오히려 근로자 전체의 공공복리 증진을 저해할 수도 있음을 지적하였다. 그러나 한편으로, 위와 같은 개선책이 마련되기 이전이라고 하더라도 현행법의 해석을 통하여 출·퇴근 중 발생한 재해를 업무상 재해로 인정하는 범위를 점진적으로 확대하여 나가는 것이 바람직함을 지적하였다.

반대의견에 대한 보충의견<sup>102)</sup>은 산재보험법상의 ‘업무상 재해’와 공

---

99) 대법관 김영란, 박시환, 김지형, 김능환, 전수안

100) 대법관 양승태, 김황식, 안대희

101) 대법관 이홍훈

무원연금법상의 ‘공무로 인한 재해’에 대하여 ‘국가의 재정적 부담규모의 현격한 차이’, ‘보험주체의 차이’ 및 ‘기여금의 불입 여부’ 등을 이유로 그 의미를 달리 해석·취급하는 것은 형평성 내지 헌법상 평등의 원칙에 반하는 것을 이유로 들었다.

이에 대해 다수의견에 대한 재보충의견<sup>103)</sup>은 국가가 재정적 여건 등 여러 가지 사정을 감안하여 선별적으로 수혜를 확대하는 것은 평등원칙에 위배되는 것으로 볼 수 없고, 입법적으로 모든 사정을 종합하여 신중히 결정하여야 하는 분야에 대하여 법률의 해석으로 해결하는 것을 경계해야 한다고 보았다.

#### 라. 대법관별 의견 분포

다수의견은 산재보험법에 통상적인 방법과 경로에 의하여 출퇴근 하는 중에 발생한 사고를 업무상 재해로 인정하는 별도의 규정이 없는 점, 재원확보 가능성이라는 요인 등이 종합적으로 고려될 필요가 있는 입법 재량영역으로서 입법적 해결이 필요한 분야임을 강조하고 있다.

“산재보험법에 의하여 비로소 구체화되는 사회적 기본권의 하나인 출·퇴근 재해에 따른 산재보험 수급권을 산재보험법령이 규정하고 있는 취지를 넘어서서 해석한다면 사회적 기본권에 속한 사항에 대하여 입법과 행정의 역할을 사법이 대신하여 권력분립의 원칙에 위반하는 것이 된다. 즉, 그러한 출·퇴근 재해가 보상의 범위에 포함됨으로써 부담하게 되는 막대한 재정과 이해관계의 조정에 대한 고려 없이 사법이 적극적으로 이를 유도·개입하는 것은 입법재량을 침해하는 것으로서 … ”<sup>104)</sup>

이에 반해 반대의견은 출퇴근 행위의 업무종속성과 형평성을 바탕으로 근로자의 지위를 보호하고자 하는 적극적인 입장이다. ‘출장 중 재해’와 ‘휴게시간 중 재해’가 산재보험법상 업무상 재해라는 명시적인

102) 대법관 김영란, 박시환, 김지형

103) 대법관 안대희

104) 대법원 2007. 9. 28. 선고 2005두12572 전원합의체 판결

규정이 없음에도 업무상 재해로 인정되고 있는 점, 공무원연금법 역시 통상적인 출퇴근 중에 발생한 재해를 공무상 재해로 인정하는 규정을 두고 있지 않음에도 대법원이 일관하여 공무상 재해로 인정해오고 있는 점, 다수의견에 의하면 근로자의 복지를 위해 통근차량을 제공하거나 차량유지비를 지급한 사업주가 그렇지 않은 사업주보다 오히려 업무상 재해로 인한 책임부담이 더 많아지게 되는 불합리한 결과가 초래된다는 점을 근거로 한다.

근로자의 지위 보호를 강조하는지의 관점에서 볼 때 반대의견이 다수의견에 비해 진보적이라고 할 수 있다. 본 연구에서 주목한 5명의 대법관 중 김영란, 박시환, 김지형, 전수안 4명의 대법관이 모두 진보적 의견인 반대의견으로 일치하고 있는 것은 비주류적 특성의 대법관의 진보성을 잘 드러내주는 결과라 할 수 있다.

[표 5-17] 출퇴근 재해 사건의 대법관별 의견 분포

의견	다수의견	반대의견
이념	보수	진보
대법관	이용훈 고현철 양승태 김황식 박일환 안대희 이홍훈	김영란 박시환 김지형 김능환 전수안

## 2) 통상임금 사건(대법원 2013.12.18.선고 2012다89399)

### 가. 사안의 개요와 쟁점

근로자들은 각종 상여금과 수당들이 실질적으로 통상임금이라고 주장하면서 이들이 법적으로 통상임금이라면 근로기준법에 따라 휴일·연장근로 등에 대한 임금과 퇴직금 산정 시 통상임금으로 반영하여 지급해줄 것을 청구하였다. 이에 대하여 사용자 측은 상여금과 수당 등이 통상임금이 아니라는 주장과 함께, 설사 통상임금에 해당한다고 하더라도 노사 간에 통상임금 산정 배제한다는 노사합의가 있으므로 근로자들이

이를 청구할 수는 없다고 항변하였다(김제완, 2014).

이에 근로자 측은 특정 상여금과 수당이 법적으로 통상임금이라고 인정될 경우 통상임금 산정 시 이를 배제한다는 취지로 노사간에 합의를 하였다 하더라도 이것이 합의의 당사자가 아닌 근로자들의 권리를 배척하는 근거가 될 수 없고 합의 자체도 강행규정인 근로기준법에 위반되는 것으로서 무효라고 주장(재항변)하였다. 이에 대하여 사용자 측은 노사합의가 강행규정 위반으로 무효라고 하더라도 이 사건에서 근로자측이 노사합의의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 반한다는 취지로 재재항변하였다(김제완, 2014).

## 나. 견해의 대립

이 사건에서 상여금이 통상임금에 해당하는지에 대하여, 대상판결은 이 사건 상여금이 근속기간에 따라 지급액이 달라지기는 하나 일정 근속기간에 이른 근로자에 대해서는 일정액의 상여금이 확정적으로 지급되는 것이므로, 이 사건 상여금은 소정근로를 제공하기만 하면 그 지급이 확정된 것이라고 볼 수 있어 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금인 통상임금에 해당한다고 보았다.<sup>105)</sup> 근속수당의 지급조건에 일정 근무일수를 기준으로 그 미만은 일할계산하여 지급하고 그 이상은 전액 지급하기로 정해진 경우 그 일할계산하여 지급되는 최소한도의 임금을 고정적인 임금이라고 보면서, 이를 지급 여부 및 그 지급액이 실제 근무성적에 의하여 달라진다는 이유로 비고정적인 임금으로 통상임금에 해당하지 아니한다고 판단한 종전의견(대법원 1996. 3. 22. 선고 95다56767 판결)을 변경하였다. 이는 ‘사전확정성’을 고정성 판단의 핵심적 요소로 삼고 있는 것으로, 지급액의 변동여부에 따라 기계적으로 고정성 유무를 판단하던 기존의 논의를 극복할 수 있는 길을 열어주었다는 점에서 진일보한 것으로 평가되고 있다(이철수, 2014).

105) 어떠한 임금이 통상임금에 속하는지는, 소정근로의 대가로 근로자에게 지급되는 금품으로서 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것인지를 기준으로 객관적인 성질에 따라 판단하여야 하고, 임금의 명칭이나 지급주기의 장단 등 형식적 기준에 의해 정할 것이 아니다(대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결)

그러나 이에 대하여 별개의견<sup>106)</sup>은 임금의 실질을 결정하고 이에 따라 통상임금의 범위를 결정하는 근본적 책임과 권리는 1차적으로 노사 당사자에게 귀속된다고 보면서, 일반적으로 노사합의나 노사관행이 기본급과 1개월 이내의 기간마다 지급되는 수당만을 통상임금에 포함시키고 있다는 점에서 원칙적으로 기본급과 1개월 이내의 기간마다 지급되는 수당만이 통상임금에 포함된다고 보았다.

다음으로 근로기준법상 통상임금에 속하는 임금을 통상임금에서 제외하기로 하는 노사합의의 효력에 대해 다수의견<sup>107)</sup>은 무효로 보면서도, 근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 수급할만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에는 노사합의의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다고 보며 특별사정으로 기업으로서 예상치 못한 경제적 부담을 지게 되는 것을 들고 있다.

“앞서 본 바와 같은 방식의 임금협상 과정을 거쳐 이루어진 노사합의에서 정기상여금은 그 자체로 통상임금에 해당하지 아니한다고 오인한 나머지 정기상여금을 통상임금 산정 기준에서 제외하기로 합의하고 이를 전제로 임금수준을 정한 경우, 근로자 측이 앞서 본 임금협상의 방법과 경위, 실질적인 목표와 결과 등은 도외시한 채 임금협상 당시 전혀 생각하지 못한 사유를 들어 정기상여금을 통상임금에 가산하고 이를 토대로 추가적인 법정수당의 지급을 구함으로써, 노사가 합의한 임금수준을 훨씬 초과하는 예상외의 이익을 추구하고 그로 말미암아 사용자에게 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 한다면, 이는 종국적으로 근로자 측에까지 그 피해가 미치게 되어 노사 어느 쪽에도 도움이 되지 않는 결과를 가져오므로 정의와 형평 관념에 비추어 신의에 현저히 반하고 도저히 용인될 수 없음이 분명하다. 그러므로 이와 같은 경우 근로자 측의 추가 법정수당 청구는 신의칙에 위배되어 받아들일 수 없다.”<sup>108)</sup>

106) 대법관 김창석

107) 대법관 양승태, 양창수, 신영철, 민일영, 박병대, 김용덕, 박보영, 고영한, 김소영

결론적으로 다수의견은 이 사건에서 이 사건 상여금이 통상임금에 산입될 경우 피고로서는 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지게 되어 중대한 경영상의 어려움을 초래한다고 볼 수 있는 사정이 상당한 점을 근거로, 원심을 파기 환송하였다.

한편 대상 판례에서 별개의견<sup>109)</sup>은 신의칙 쟁점에 대해서는 별도로 언급하고 있지 않으나 상여금과 1개월을 넘는 기간마다 지급되는 수당은 아예 통상임금에 해당하지 않는 것이 원칙이라는 입장이므로 동 쟁점에 대해서 다수의견과 같은 입장이라고 보는 것이 타당할 것이다(김제완, 2014).

반대의견<sup>110)</sup>은 신의칙은 강행규정에 앞설 수 없을 뿐 아니라, 이 사건에서 근로자가 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 하는 노사합의를 무효라고 주장하는 것에 대하여 ‘신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건’이 갖추어졌다고 볼 수 없음을 들어 신의칙을 내세워 근로자의 청구를 배척할 수 없다고 보았다.

*“신의칙의 적용을 통하여 임금청구권과 같은 법률상 강행규정으로 보장된 근로자의 기본적 권리를 제약하려 시도하는 것은 헌법적 가치나 근로기준법의 강행규정성에 정면으로 반한다. … 근로자가 이를 무효라고 주장하지 않을 것이라고 사용자가 신뢰하였다는 전제 자체가 증명된 바 없고, 그 ‘신뢰’가 존재한다고 하더라도 이를 정당한 것이라고 말할 수 없다. … 근로자가 받았어야 할 임금을 예상외의 이익으로 취급하여 이를 되찾는 것을 정의와 형평관념에 반한다고 하는 것 자체가 정의관념에 반한다.”* <sup>111)</sup>

다수의견과 반대의견은 강행규정인 근로기준법에서 정한 퇴직금 및

---

108) 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 판결

109) 대법관 김창석

110) 대법관 이인복, 이상훈, 김신

111) 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 판결

수당 산정기준을 사용자측에 유리하게 변경하는 내용의 노사합의가 강행 규정 위반으로 무효라는 점에서는 일치하고 있다. 그러나 다수의견과 달리 반대의견은 사용자의 경제적 부담이 근로자의 권리를 희생시킬 수 있는 근거가 될 수 없으므로, 근로자 측의 강행규정 위반 무효항변을 신의칙을 적용하여 배척할 수 없다는 요지를 펼치고 있다(김제완, 2014).

“근로기준법의 강행규정성을 인정하면서도 신의칙으로 그 강행규정성을 배척하는 다수의견의 논리는 너무 낮은 것이어서 당혹감마저 든다. 그리고 거듭 살펴봐도 그 논리에서 합리성을 찾을 수 없다.” 112)

#### 다. 대법관별 의견 분포

동 판례에서 다수의견과 반대의견을 가른 쟁점은 민법상 신의칙 위반을 이유로 근로자의 청구를 배척할 수 있는지 여부라고 할 수 있다. 근로자의 경제적 지위 보호를 강조하는 입장인지 여부에 따라 판단할 때, 다수의견(별개의견 포함)은 보수적, 반대의견은 진보적 의견에 해당한다고 할 수 있다.

[표 5-18] 통상임금 사건의 대법관별 의견 분포

의견	다수의견	반대의견
이념	보수	진보
대법관	양승태 양창수 신영철 민일영 박병대 김용덕 박보영 고영한 김소영 김창석	이인복 이상훈 김신

한편, 동 전원합의체 판결에 참여한 대법관 중, 김소영 대법관(여성)과 박보영 대법관(여성), 양창수 대법관(교수 경력), 김창석 대법관(고려대)의 경우 비주류적 특성을 지니고 있음에도 모두 보수적인 다수의견에 가담

112) 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 판결



하였음을 볼 수 있다. 이러한 결과를 설명할 수 있는 하나의 해석으로 ‘인적 특성에 비해 임명 특성이 보다 큰 영향을 미쳤을 것’을 들 수 있다. 대상 판결의 전원합의체 구성 대법관의 임명권자는 모두 이명박 대통령으로, 이는 인적 특성이 미치는 효과가 임명 특성에 의해 “희석”되었을 수도 있는 가능성을 제기한다.

이러한 희석 효과는 대통령이 대법관을 임명할 때 이데올로기를 중시하기 때문에 나타날 수 있다. 미국에서도 이와 유사한 논의가 있어 왔다. 크로스는 인적 특성은 그를 임명한 대통령의 정치적 정체성에 의해 대변되는 이데올로기보다 훨씬 적은 영향을 미친다는 사실을 발견하였는데 이러한 결과가 법관 임명 시 이데올로기에 초점을 맞추는 대통령 때문이라고 보았다. 가령, 여성 법률가가 대부분 진보주의자라고 하더라도 보수적인 대통령은 여전히 여성 중에서 법관을 선택할 것이고 결과적으로 법원의 판결에서 성별이 미치는 효과는 크게 희석된다는 것이다(F. B. Cross, 2007; R. A. Posner, 2008[2016]:75 재인용).

우리나라에서 과연 “임명한 대통령의 정치적 정체성에 의해 대변되는 이데올로기”가 더 큰 영향을 미치는지, “주류적 특성을 지니는지 여부”가 더 큰 영향을 미치는지는 후속 연구의 과제로 남겨둔다.

## 제 6 장 결론

### 제 1 절 요약 및 시사점

#### 1. 분석 결과 요약

본 연구에서는, 사법적 의사결정에 존재하는 재량영역과 그 재량영역의 결과적인 이념적 양태가 어떠한가를, 한번은 대법원 판결을 분석단위로 하여 그리고 또 한 번은 대법관을 분석단위로 하여 연구를 진행하였다. 의견 대립이 나타나는 이유는 법규적 모형의 가정과 달리 현실에서는 삼단논법의 대 전제가 되는 법이 그리 명료하지 않기 때문이다. 법해석이나 사실인정의 과정이 불확정적이게 되는바 바로 이 불확정적인 영역을 통해 법관의 재량이 작용하게 된다.<sup>113)</sup>

전원합의체 판결의 이념적 지형을 분석한 결과 대법원장 시기별·정책 분야별로 차이가 나타나고 있었다. 이용훈 대법원장과 양승태 대법원장 시기를 중심으로 비교할 때 그 차이는 국가보안법·과거사·기타 분야에서 각각 진보와 보수로 가장 두드러지게 나타나고 있었는데 이는 우리나라의 역사적·정치적 맥락 및 분단국가의 현실과 관련한다. 사회·문화영역의 경우 이용훈 대법원장 시기와 양승태 대법원장 시기 모두 진보적인 것으로 나타났으며 양승태 대법원장 시기의 진보성 수치가 더욱 높게 나타났다. 경제활동·노동 분야의 경우 이용훈 대법원장 시기와 양승태 대법원장 시기 각각 진보와 보수로 방향성의 차이가 나타났다. 환경 분야의 경우 대규모 국책사업과 관련한 대법원 전원합의체 판결은 대법원장 시기를 불문하고 현상 유지에 가까운 보수적 성향을 보여주고 있다.

그러나 이러한 결과를 대법관 구성의 문제와 연결 지어 해석하는 것에는 주의를 요한다. 각 대법관의 임기가 상이하어 대법원장이 새롭게

---

113) 이러한 법관의 재량적 판단을 결정짓는 요인으로 인간 능력의 한계, 환경적인 자극 등 여러 가지가 존재할 수 있을 것이지만 본 연구에서는 법관의 특성에 따라 의견의 이념적 분포에 차이가 있는가를 제도적 요인·인적 특성에 초점을 두고 분석을 진행하였다.

취임하는 경우라 하더라도 기간을 두고 대법관의 구성이 변화하기 때문이다. 따라서 본 연구에서는 대법관의 특성에 따라 표결에 차이가 있는지를 중심으로 분석하였다.

먼저 대법관별 의견 성향을 분석한 결과, 대법관에 따라 진보적 표결 참여 비율이 상당수준의 격차를 보이고 있었다. 극단적으로 최소 20.5% (민일영 대법관)부터 최대 91.2%(박시환 대법관)까지의 범위를 나타내고 있었는데 이는 사법적 의사결정 과정에 객관적인 법규적 요인 외에도 개개인마다의 상이한 주관적 특성이 영향 요인으로 작용하고 있음을 보여준다. 진보적 의견의 제시가 무작위적인 특성에 기인하기보다 대법관 개인의 이념적 특성을 체계적으로 반영하는 것으로 파악될 수 있는 것이다.

다음으로 대법관 구성 요인별로 의견 성향에 차이가 있는지를 분석한 결과는 다음과 같다.

첫째, 임명권자의 정치적 특성에 따라 의견 성향의 차이가 나타났다. 총 표결 수 대비 진보적인 표결 수의 비율은 이명박·박근혜 대통령이 임명한 대법관들의 경우 45.0%, 김대중·노무현·문재인이 임명한 대법관들의 경우 62.0%로, 대통령의 정치성향에 따라 확연한 차이가 나타났다. 비율의 차이는 국가보안법·과거사·기타(29.6%p), 사회·문화(20.2%p), 경제활동·노동·환경(3.9%p) 분야 순으로 나타났다. 국가보안법·과거사·기타 분야에서 나타나는 뚜렷한 의견 성향의 차이는 현실에서 대법관의 임명을 둘러싸고 나타나는 여야 간의 첨예한 공방을 잘 설명해준다. 대법관 구성 즉, 임명권자가 누구인지에 따라 판결 방향이 달라질 수 있음을 시사하는 것으로서 대법관 혹은 대법원장의 임명 과정에서 성향이 고려되고 실제로 임명 이후에 판결에 그 성향이 나타나고 있음을 보여주는 것이다.

둘째, 제청권자의 특성에 따른 표결 비율의 차이를 살펴본 결과, 제청권자 특성에 따른 의견 성향의 차이는 유의미하지 않았다. 이러한 결과는 대법관 임명과정에서의 대법원장의 제청권이 ‘제왕적 대법원장’을 야기한다는 세간의 시각과 상충하는 면이 있다. 대법원장의 제청과 대통

령의 임명이라는 우리나라 대법관 임명 과정의 특수한 구조를 고려하여 본 연구에서는 제청한 대법원장과 임명한 대통령의 조합에 따라 구분하여 분석을 시행하였다. 동일한 제청권자라 하더라도 어떠한 성향의 대통령이 임명한 대법관인지에 따라 표결 비율이 유의미한 차이를 보이고 있었다. 진보적 대통령에 의해 임명된 대법원장이 제청하였으면서 진보적 대통령이 임명한 대법관 집단과 보수적 대통령에 의해 임명된 대법원장이 제청하였으면서 보수적 대통령이 임명한 대법관 집단 간에 의견성향 차이는 크게 나타나고 있다. (제청, 임명)의 조합이 (이용훈, 노무현)인 경우 진보적 표결의 비율은 65.1%인 반면 (양승태, 이명박·박근혜)인 경우 51.1%로, 14.0%p의 차이를 보였다. 그리고 그 차이는 국가보안법·과거사·기타 분야에서 32.5%p로 더욱 크게 나타나고 있어 이념적 편향이 존재함을 확인할 수 있다. 이러한 결과는 대법관에 대한 대법원장의 제청권을 매개로 ‘대통령→대법원장→대법관’으로 이어지는 일련의 관계가 형성된다는 주장과 상응하는 측면이 있다.<sup>114)</sup>

한편, 동일한 대법원장이 제청한 경우라 하더라도 임명권자인 대통령의 정치성향에 따라 이념성향도 함께 차이를 보이고 있었다. 이용훈 대법원장이 제청한 대법관이라 하더라도 노무현 대통령이 임명한 대법관과 이명박 대통령이 임명한 대법관 간에 의견 성향은 각각 (-)0.32와 0.18로 뚜렷한 차이를 보였다. 또한 양승태 대법원장이 제청한 대법관이라 하더라도 이명박·박근혜 대통령이 임명한 대법관과 문재인 대통령이 임명한 대법관의 이념성향은 각각 (-)0.02와 0.5로 뚜렷한 차이를 보였다. 이는 제청권자의 영향력이 임명권자의 영향력에 비해 강하지 않으며 현실에서 논의되는 제청권자의 영향력이 임명권자의 영향력에 의해 투사된 것일 수 있음을 시사한다.

이러한 결과는 대법원 전원합의체 판결에 나타나는 대법관의 의견 성향이 임명이라는 제도적 요인에 대하여 중립적이지 않음을 보여준다. 이

114) 조소영 외, 「사법의 독립과 민주화를 향한 헌정사적 노력과 공법적 과제 보고서」, 법원행정처 연구용역 보고서, 2019; 세계일보, “대통령→대법원장→대법관→법관 예측적 관계 타파 필요”, 2019.04.28., <http://www.segye.com/newsView/20190428507533>, 접속일자 2019.04.30., 재인용

는 임명과정에서 법관들의 성향과 가치관이 고려되고, 그것에 따른 결과가 판결에 실제로 영향을 미치고 있기 때문일 것이다.

셋째, 노무현 정부 이후의 분석 대상 대법관 38명을 주류적 특성과 비주류적 특성의 집단으로 구분하여 분석한 결과 진보적 표결의 비율은 주류적 특성의 대법관이 46.4%, 비주류적 특성의 대법관이 63.1%로 유의미한 차이를 보이고 있었다. 특히, 사회·문화 영역의 경우 주류적 특성의 집단이 47.8%의 진보적 표결의 비율을 보인 반면, 비주류적 집단의 경우 66.4%의 진보적 표결의 비율을 보여 의견 성향의 차이가 유의미하게 나타났다는데 이는 대법관 구성 다양화 필요성의 근거가 될 수 있다.

국가보안법·과거사·기타 분야에서 주류적·비주류적 특성의 대법관 간 의견 성향의 격차가 세 분야 중 가장 크게 나타났다. 이는 현실에서 진보정권의 대법관 구성이 높은 비율의 비주류적 특성을 보이는 것과 연관된다. 대법관 임명을 둘러싼 진보와 보수의 이념대립 논쟁이 인적 특성과 함께 맞물려서 나타나고 있음을 주목할 필요가 있을 것이다.

다만 경제활동·노동·환경 분야에서는 인적 특성에 따른 의견 성향 차이가 통계적으로는 유의미하지 않은 것으로 나타났다. 여기에는 인적 특성 요인에 비해 임명 특성이라는 요인이 보다 크게 영향을 미쳤을 가능성이 존재한다. 보수 대통령에 의한 임명이 비주류적 특성 요인 효과를 희석하는 결과를 가져 온 것으로 볼 수 있는 것이다. 출퇴근 재해 인정 사건과 통상임금 사건에 나타난 대법관별 의견 분포를 통해 확인할 수 있었다.

## 2. 정책적 시사점

법관은 헌법에 의해 부여된 사법권에 따라 사회적으로 중요한 정책적 결정에 있어 최종적 판단권을 갖는다. 헌법과 법률로 구체화된 정책을 해석하고 적용함으로써 국가의 권력 작용을 통제하고 개인의 자유와 권리를 보호하며 분쟁 해결자로서 기능하게 된다. 따라서 법관의 역할은

소송 당사자는 물론, 더 나아가 사회적으로 국가의 입법 방향을 결정하는 데 중요한 영향을 미친다.

선출되지 않은 권력인 법관에게 사법적 결정을 위임함에 있어서는 사법부에 대한 신뢰가 필수적이라 할 수 있고 사법부에 대한 신뢰의 핵심은 결국 법관이 누구인지와 무관히 분쟁이 공정한 결과에 이를 것이라는 믿음이라고 할 수 있을 것이다(하태훈, 2013). 그러므로 사법의 신뢰를 확보하기 위한 대법관 구성의 문제는 사법의 독립과 사법의 민주화라는 두 가지의 헌법적 요구에서 출발하여야 할 것이다.<sup>115)116)</sup>

본 연구의 분석 결과에 따르면 대법원 전원합의체 판결에 나타난 대법관의 의견 성향은 임명과 구성이라는 제도적 요인에 대하여 중립적이지 않은 것으로 나타났다. 현행의 대법관 임명 제도 하에서 대법관 표결의 이념적 양상은 임명권자와 제청권자에 따라 상이하게 나타나고 있다. 이는 대법관의 제청 및 임명과정에서 법관들의 성향과 가치관이 고려되고, 그것에 따른 결과가 판결에 실제로 영향을 미치고 있기 때문일 것이다.

이러한 연구 결과에 대해서는 여러 가지 관점에서 평가가 가능할 수 있으나,<sup>117)</sup> 사법권 독립의 출발은 입법권과 행정권이라는 다른 국가권력으로부터의 독립된 사법권의 구성(김하열, 2018:903)이라는 헌법적 요청에 비추어 볼 때, 현재의 시스템이 민주적 정당성을 확보하기 위한 수단의 일환이라 하더라도 제청권자와 임명권자의 관여권을 축소하고 균형을 확보하기 위한 개선이 요청된다는 점을 부인하기는 어려워 보인다. 헌법과 법원조직법이 임명권자에 대하여 완벽하게 중립적인 통제를 의도한

---

115) 사법의 독립성은 사법권이 독립적이고 중립적인 제3자의 지위에서 공평하고 초연하게 행사되어야 함을 의미하는 것으로서, 재판의 공정을 확보하기 위한 필요조건이자 법치주의의 기본요소이다. 사법의 독립성은 사법기관의 구성과 운영 역시 독립성과 중립성을 보장할 수 있도록 규율될 것을 요구한다(김하열, 2018).

116) 사법의 민주화는 법관의 법 판단과 그 전제가 되는 법의 해석원리의 형성 역시 시민사회의 다양한 가치들을 반영하여 이루어지고 또 수정·변화해야 함을 의미한다(한상희, 2012:21).

117) 가령, 헌법적 요청과는 무관하게, 일부 사람들은 법관 자신의 사법철학을 자신을 임명한 대통령의 이데올로기에 순치시키는 법관에 대하여 어떤 의미에서 민주적이라고 생각할 수 있다(R.A.Posner, 2008[2016]:50).

취지라고 볼 수는 없지만 만약 편파적인 대법관 구성이 가능하도록 제도가 설계되어 있다면 임명권자 영향력을 축소할 수 있는 개선이 필요하다는 의미이다. 특히 최근의 사법농단 사태 등 우리나라의 현실적 맥락과 결부하여 해석해 볼 때, 본 연구 결과는 제도 개선을 위한 하나의 근거로 기능할 수 있다.

실제로 대통령(행정부)이 인사권을 통하여 사법부에 영향력을 과다하게 행사할 소지가 있다는 지적은 꾸준히 있어 왔다.<sup>118)</sup> 가령, 대법관과 대법원장이 각각 대법원장과 대통령의 영향권역 안에서 제청되고 임명되는 현 체제 하에서 대법관은 자신의 임명에 영향을 행사하였을 수도 있는 대법원장에, 그리고 대법원장은 자신을 임명한 대통령과의 속에서 대법원의 역할과 기능을 결정하는 상황이 발생할 여지가 있다는 주장(한상희, 2012; 법원행정처 연구용역 보고서, 2019; 조선일보, 2019.04.29. 재인용)이 그것이다. 우리나라에 대한 것은 아니지만, 다음에서 보는 M. A. Graber(2005)의 지적도 비슷한 맥락에서 제기된 것으로 이해된다.

“사법심사(Judicial Review)는 선출직 공무원에 의해 정립되고 유지된다. 재판은 정치인과 정치적 운동이 스스로의 헌법적 견해를 법으로 확립시키려 할 때 사용하는 많은 수단 중 하나다. 선출직 공무원은 헌법 문제를 다루는 법원을 설립해 이 문제에 대한 관할권을 부여하고 사법적 권력 행사를 마다하지 않는 법관으로 그 법원을 세우고 그 법원이 어떤 법규를 위헌이라고 선언하게끔 소송을 제기하거나 제기하게 만들고 법령이나 헌법의 해석이라는 구실 하에 사실상 공공정책을 생산하도록 법관을 장려하는 법률을 통과시킴으로써 사법권에 강력한 정치적 기반을 제공한다. (이와 같이) 사법심사는 다원적 민주주의에서 권력을 위해 투쟁하는 수많은 정치적 운동 사이의 힘의 균형을 바꾸어 놓는다.”<sup>119)</sup>

본 연구의 분석에 따르면 주류적 특성(서울대 출신 · 50대 이상 · 남

118) 대법원장을 포함하여 대법관 전원과 헌법재판소장, 헌법재판소 재판관 중 3인에 대한 임명권을 대통령에게 부여함으로써 인사권을 통하여 대통령(행정부)이 사법부에 영향력을 과다하게 행사할 소지가 있다(김하열, 2018:906)

119) Mark. A Graber, “Constructing Judicial Review”, 8 Annual Review of Political Science 425, 427~428(2005)., R. A. Posner 2008[2016] 재인용

성·전직 법관 경력)의 대법관이 비주류적 특성의 대법관에 비해 보수 성향의 의견을 보이는 것으로 나타났다. 사법의 민주화가 “시민들이 생활 속에서 형성하게 되는 다층적이고 다원적인 법적 가치들이 속의 (deliberation)를 통해 법원의 사법과정 속에 유효하게 편입될 수 있는 체계” (한상희, 2012)를 전제한다고 할 때, 이러한 결과는 우리 사회에서 이른바 엘리트로 인식되는 이른바 ‘서오남’ 특성의 대법관이 소수자와 사회적 약자 등 사회의 다양한 가치를 포용하지 못할 수 있다는 주장을 뒷받침하며 대법관 구성 다양화의 필요성을 제기한다. 즉, 사회적 약자, 환경, 노동 등 소수자의 관점이 다수에 의하여 배제되지 않고 사법결정 과정에 유효하게 투입되어 대법원이 균형 있는 판단을 내릴 수 있도록 하기 위해 대법관 구성의 다양화가 이루어져야 한다는 것이다.<sup>120)</sup>

요컨대 대법관의 구성은 사법의 독립성과 민주성의 요청으로부터, 불편부당성과 다양성이라는 두 가지 요구에 직면하게 되고, 이에 비추어 볼 때 현행 제도가 내포하고 있는 문제점은 앞서 지적한 바와 같다. 이러한 요구를 충족하기 위한 제도 개혁의 구체적인 방향에 대한 논의는 본 논문의 범위를 벗어나므로 생략하는 바이지만, 사회의 다양한 가치가 재판에 반영되고 소수자의 권리 보호가 제대로 이루어질 수 있도록 사법부 구성에 대한 사회적 논의가 활발히 이루어질 필요가 있음은 지적해두고자 한다.<sup>121)</sup> 이를 위해서는 현재 제 기능을 다하지 못하고 있는 인사청문회제도의 운영의 묘를 살릴 필요가 있음은 물론, 대법관 추천회의 등 대법관 구성과 임명에 관한 절차적 합리성이 제고될 필요가 있다.<sup>122)</sup>

120) 불편부당성과 다양성은 구별되는 개념이며, 다양성을 위해 불편부당성이라는 가치를 후퇴시켜야 하는 것은 아니다. 최근 대통령의 이미선 헌법재판관 지명을 둘러싸고 여야는 다양성을 추구한 인사라는 평가와 파당적 인사라는 비판으로 맞서고 있다. 이와 관련하여서는 “다양성을 추구한다고 하면서 정치적 고려가 주된 기준이었던 티가 난다” (정인진, “훌륭한 헌법재판관의 자질”, 경향신문, 2019.03.31., [http://news.khan.co.kr/kh\\_news/khan\\_art\\_view.html?art\\_id=201903312040025](http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?art_id=201903312040025))는 비판이 제기된 바 있어, 우리나라에서 대법관 구성의 다양화에 대한 주장이 진보진영을 중심으로 나타나고 있는 현상을 다시 한 번 확인할 수 있다.

121) 대법원장의 대법관 제청권한 폐지, 법관 투표를 통한 대법원장 선출, 호선제 등이 논의된다. KBS, “공법학회, ‘법관 투표로 대법원장 선출해야’”, 2019.04.29., <http://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=4190229>., 접속일자 2019.06.20

122) 최근 이미선 헌법재판관 후보자와 관련하여 인사청문회는 주식투자 논란을 중



또한 미국과 같이 판결과 법관의 이념성향에 대한 논의가 활발하게 이루어질 수 있는 학문적 토대가 요구될 것이다.

## 제 2 절 연구의 한계

본 연구는 대법원 전원합의체 판결만을 대상으로 하고 있는바 이를 토대로 당해 시기의 사법부 결정의 이념적 성향을 일반화하는 것에 한계가 있을 수 있다.

첫째, 전원합의체는 종전에 대법원에서 판시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석 적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있다고 인정하는 경우를 포함하므로 다른 대법원 판결에 비해 판결의 방향(Decision Direction)이 진보성을 띠 확률이 높다.

둘째, 현실에서는 대법관 간의 의견이 일치하는 부(部) 판결도 이념적 평가의 대상이 되고 있는데 소부 판결들을 분석 대상에 포함할 경우 분석 결과는 다르게 나타날 수 있다. 실제로 대법원 사법행정권 남용 의혹 관련 판결에는 소부 사건들이 다수 존재한다(중앙일보, 2018. 06. 05).<sup>123)</sup> 쌍용차 정리해고 사건(대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다20875,20882 판결), 콜텍 해고 사건(대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다3735 판결), KTX승무원 해고 사건(2015. 2. 26. 선고 2011다78316), 철도노조 파업 사건(대법원 2017. 2. 3. 선고 2016도1690 판결), 전교조 범의노조 사건(대법원 2015. 6. 2.자 2014무548 결정) 등이 이에 해당한다. 이와 같은 소부 판결과 결정들을 포함한 분석은 후속 연구과제로 남겨둔다.

---

심으로 한 도덕성 문제가 화두가 되었을 뿐 판결성향이라는 본질적인 부분에 대한 논의가 충분히 이루어지지 못한 한계가 있다(한규섭, “주식 논란에 묻힌 헌법재판관 검증”, 동아일보, 2019.04.30.)

123) 중앙일보, “사법부 강타한 ‘재판 거래’ 의혹…논란된 16개 판결 살펴보니”, 2018.06.05., <https://news.joins.com/article/22686415>, 접속일자 2019.02.25.,

## 참 고 문 헌

[국내 문헌]

- 강원택. (2005). 한국의 이념갈등과 보수·진보의 경계. 한국정당학회보, 제 4권 제2호, 193-217.
- 권석천. (2017). 대법원 이의 있습니다. 창비.
- 김덕준. (1999). 정치학 연구분야로서의 사법부 판결: 분석모형의 구성을 중심으로. 정치·정보 연구, 제2권 1호, 255-278.
- 김덕준. (2002). 사법판결에 관한 학제 간 연구의 필요성. 법제논단, 2002.11.
- 김영란. (2015). 판결을 다시 생각한다. 창비.
- 김영천 · 정상원. (2017). 질적연구방법론 V. 아카데미프레스
- 김제완. (2014). 통상임금성을 배제하는 노사합의와 신의칙. 인권과 정의 Vol. 443, 94-118.
- 김하열. (2018). 헌법강의. 박영사
- 대법원 보도자료, 2018.06.18. “대법원 전원합의체 심리절차에 관한 내규 제정”
- 박은정. (2010). 정치의 사법화(司法化)와 민주주의. 서울대학교 법학 제 51권 제1호, 1-26.
- 박재형. (2009). 헌법재판소의 정치적 성격 : 주요 판례와 재판관 구성을 중심으로. 박사학위논문 한국외국어대학교 대학원 정치외교학과
- 손창완. (2017). 토론문. 대법관 구성 다양성 확보방안 토론회 자료집. 국회의원 송영길·대한변호사협회, 43-48.
- 세계일보, [단독] 대통령→대법원장→대법관→법관 연속적 관계 타파 필요. 2019.04.28. <http://www.segye.com/newsView/20190428507533>
- 양건. (2015). 법 앞에 불평등한가? 왜?. 법문사.
- 이미숙. (2018). 제3기 헌법재판소의 판결 성향 분석 : 사생활 자유권과 관련하여. 서강법률논총, 7(2), 155-192.
- 이상수. (2009). 법관과 이데올로기. 본질과 현상, 2009년 겨울 18호, 38-39.

- 이주한. (2014). 헌법재판소 재판관의 판결영향 요인에 관한 연구 : 위헌 법률심판(1989-2013)을 대상으로. 석사학위논문 서울대학교 행정대학원 행정학과
- 이준일. (2017). 사회적 이슈와 인권. 홍문사
- 이제우. (2016). 미국 연방대법원 판결의 유형과 사회적 영향에 대한 연구. 사법정책연구원
- 이철수. (2014). “통상임금 관련 2013년 전원합의체 판결”의 의미와 평가. 2014년 한국노동법학회 학술대회 자료집: 통상임금 대법원전원합의체 판결의 의미와 과제, 1-18.
- 이춘재 · 김남일. (2013). 기울어진 저울: 대법원 개혁과 좌절의 역사. 한겨레출판.
- 임재성. (2018). 한국 헌법재판소의 전략적 사법적극주의. 박사학위논문 서울대학교 사회학
- 임지봉. (2013). 제2기 헌법재판소 김문희 재판관의 판결성향 분석. 숭실대학교 법학연구소, 법학논총 32, 181-206.
- 임지봉. (2017). 대법관 구성의 다양성과 그 확보 방안. 숭실대학교 법학연구소, 법학논총, 제39집, 195-212.
- 정태호. (2017). 대법원구성에서 인적 다양성 요청과 그 구현방안. 경희법학, Vol.52 No.3, 35-69.
- 조선일보. “공법학회, ‘대법원장, 법관 투표로 선출해야’ ”. 2019.04.29., [http://news.chosun.com/site/data/html\\_dir/2019/04/29/2019042900190.html](http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2019/04/29/2019042900190.html)
- 참여연대. (2011). 이용훈 대법원장 재임 기간 중 대법원 판결 평가. 참여연대 이슈리포트 제2011-11호.
- 최현주. (2010). 신문시장의 다양성과 주요 신문들의 보도 성향에 대한 비교 고찰. 한국 신문 저널리즘의 성찰 및 미래 전략, 한국언론학회 세미나.
- 하민경. (2017). 대법원 판결과 사회변화. 사법정책연구원
- 하태훈. (2013). 사법에 대한 신뢰. 저스티스 통권 제134-2호, 575-592
- 한겨레21. (2018). 올해의 판결 2014~2017년 64선. 북콤마.

한상희. (2012). 대법관 임명절차의 문제점과 개선방안. 참여연대 · 국회의원 이춘석 공동주최 토론회 자료집 : 헌법재판관 · 대법관 어떻게 뽑을 것인가, 11-40.

[외국 문헌]

Baum, L. (1992). Membership change and collective voting change in the United States Supreme Court. University of Texas Press, The Journal of Politics, Vol. 54, No. 1, 3-24.

Baum, L. (2017). Ideology in the Supreme Court. Princeton University Press.

Gibson, J. L. (1978). Judges' Role Orientations, Attitudes, and Decisions: An Interactive Model. American Political Science Review 71, 911-24.

Holsti, O. R. (1969). Content Analysis for the social sciences and humanities.

Posner, R. A., 2008[2016]. How Judges Think. Cambridge: Harvard University Press. (백계문·박종현 옮김. 법관은 어떻게 사고하는가. 한울)

Segal, J. A., Cover, A. D. (1989). Ideological values and the votes of U.S. Supreme Court Justices. American Political Science Review, Vol.83, 557-564

Segal, J. A., Epstein, L., Cameron, C. M & Spaeth, H. J. (1995). Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices Revisited. The Journal of Politics, 57(3), 812-823.

Tate, C. N. (1981). Personal Attribute Model of the Voting Behavior of U.S. Supreme Court Justices: Liberalism in Civil Liberties and Economic Decisions. The American Political Science Review, 75(2), 355-367.

Sunstein, C. R., Schkade, D., Ellman, L. M. & Sawicki, A. (2006). Are Judges Political? : An Empirical Analysis of the Federal Judiciary. Washington, DC: Brookings Institution Press.

## Abstract

# Ideology in the Supreme Court

- Focused on Supreme Court Justices  
and Full bench decision -

Hwang, Doyeon

Master of Public Policy

Graduate School of Public Administration

This research aims to measure ideological stances of Korean Supreme Court and probe the effect of supreme court justices on the supreme court full bench decision direction. This provides a new perspective on Korean Supreme Court by examining how ideology functions in the supreme court decision making.

Methodology for analysis is as follows: I developed the detailed rules to determine whether the votes are conservative or liberal. On each of the issues, relevant cases from the Supreme Court's 2006-2018 terms were identified. All cases whose subject matter met the criteria were included to be analyzed. Basically only non-unanimous decisions were included except for some cases and the each set of votes on different questions in the case was treated as a separate case, following the practice in the U.S. supreme court database. The justices' votes in cases were coded dichotomously in terms of their positions on the

issue.

Ideological difference in Korean Supreme Court stances has been found by time and sector. Ideological polarity between Lee Court and Yang Court has been found in the sector of National security law·Past affairs·etc. This research also shows significant difference among the justices' voting patterns, which implies that voting patterns of judges reflect judges' personal disposition and ideological positions.

On the effect of appointment system, this research concludes that appointment system of judges is not neutral on supreme court full bench decision direction. First, there is a significant difference between the voting patterns of justices appointed by liberal party president and that of justices appointed by conservative party president. This provides evidence of a relationship between the political party of the appointing president and judicial voting patterns. Second, recommending chief justice of the supreme court is also a factor of voting tendency, but as far as the appointing president concerned.

On the effect of personal characteristic, the result shows that justices who have mainstream characteristic have more conservative voting patterns than justices who do not. This empirical evidence may provides a good reason to attempt to ensure a high degree of diversity within the courts.

Above findings suggest that an improvement of appointment system is required for judicial independence and judicial democratization.

**keywords :** Supreme court membership, Supreme Court full bench decision, Extra-Legal model, Ideology in the supreme court, judicial independence and judicial democratization, Diversity of supreme court justices

***Student Number : 2017-20013***